

Recurso nº 205/2020**Resolución nº 204/2020****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 1 de decembro de 2020.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por LABORATORIOS INDAS, S.L.U. contra o acordo de adxudicación dos lotes 5 e 6 da contratación dunha subministración sucesiva de material de incontinencia urinaria con destino aos centros asistenciais do Servizo Galego de Saúde e residencias sociosanitarias da Comunidade Autónoma de Galicia, expediente SI-SER1-19-029 licitado polo Servizo Galego de Saúde, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Servizo Galego de Saúde convocouse a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 28.789.275,70 euros.

Segundo.- O 12.11.2020 LABORATORIOS INDAS, S.L.U. interpuxo recurso especial en materia de contratación.

Terceiro.- Tras a correspondente solicitude, recibíuse o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). Tamén se trasladou o recurso aos interesados, presentándose alegacións por ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

Terceiro.- O recorrente impugna a adxudicación dunha licitación na que participou e a súa oferta foi a segunda mellor clasificada nos lotes impugnados, polo que ten lexitimación.

Cuarto.- O recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Ao impugnarse o acordo de adxudicación de lotes nun contrato de subministración de valor estimado superior a 100.000 €, o recurso é admisible.

Neste punto non podemos acoller a alegación de inadmisión do alegante, ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, S.A.U. Son moitas as resolucións deste Tribunal e doutros de recursos contractuais referentes á inadmisión do recurso especial contra os informes de valoración ou contra as mesas que aceptan estes ou que clasifican ofertas ou propoñen adxudicatario, con mención a que debe ser co acordo de adxudicación onde se traian o que se considere.

Así o que nos trae este alegante non sería formalmente un acordo de admisión aos efectos do que se está entender do artigo 44.2.b) LCSP, evidentemente sen prexuízo do que calquera lexitimado poida alegar na impugnación do acordo de adxudicación, na que se pode traer as cuestións xurdidas no procedemento que teñan afectación para tal acto culminativo do procedemento, como expresa o apartado 3 dese artigo 44 e así fai este recorrente.

Por exemplo, Resolucións do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais coma a 647/2018 ou 1000/2018, por citar só algunhas (no mesmo sentido, Resolución 40/2019 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León):

“ Así las cosas, y conforme venimos insistiendo, en la regulación contenida tanto en el TRLCSP (aplicable al presente contrato, como ha quedado previamente advertido) como en la vigente LCSP y disposiciones reglamentarias de desarrollo (Real Decreto 817/2009) no se recoge la existencia de un pronunciamiento formal de la mesa de contratación acerca de la admisión de los licitadores en el procedimiento abierto. Antes al contrario, la atención se centra en los acuerdos de dicho órgano que suponen la exclusión de un licitador del procedimiento. En la actuación de la mesa de contratación lo que se establece es una sucesión de trámites a través de los cuales se procede a la apertura y examen de las proposiciones, valorando la documentación incluida en los distintos sobres o archivos electrónicos, con posibilidad de exclusión de proposiciones que no cumplan con los requisitos legales o establecidos en los pliegos, y formulando en última instancia la propuesta de adjudicación. Aun cuando con el desenvolvimiento del procedimiento, y en tanto en cuanto no resulten excluidas, se produce un progresivo examen de las distintas proposiciones a lo largo de las sucesivas fases (tras la apertura de la documentación administrativa y posterior apertura del sobre o archivo electrónico conteniendo la documentación correspondiente a criterios ponderables mediante juicio de valor, y, posteriormente, con la apertura del sobre o archivo conteniendo la documentación referida a criterios evaluables mediante fórmulas), lo que no resulta admisible es que se trate de construir sobre tal base la ficción de la existencia de sucesivos actos de implícita admisión de las proposiciones a las distintas fases del procedimiento. Por el contrario, en el desarrollo de la actuación de la mesa de contratación a tales efectos no existe un expreso y formal pronunciamiento acerca de la admisión de las proposiciones en cada una de las fases de la sucesiva evaluación del contenido de las mismas, esto es, no se produce una decisión impugnabile acerca de la admisión de licitadores o proposiciones”.

A maior abastanza, a notificación como tal con información de recursos se deu co acordo de adxudicación, non coas actas da mesas referidas por tal alegante.

Sexto.- A primeira manifestación do recurso é que no criterio sometido a xuízo de valor se utilizaron fórmulas o que invalidaría o procedemento de adxudicación, que debería entón ser anulado en canto aos lotes 5 e 6 que é sobre os que versa este recurso.

Pois ben, como sabemos é cuestión de gran relevancia para os debates onde se impugna a adxudicación que os pregos son a lei do contrato, e que é no inicio desa contratación onde se constitúen as condicións da licitación de forma que, unha fixados e por ninguén impugnados, son lex contractus. Neste sentido, tampouco pode un partícipe nesa contratación que non impugnou esas condicións naquel intre cando a adxudicación non é a seu favor buscar por isto a revogación daquelas condicións ou por

isto anular unha licitación onde o órgano non se afastou da dirección determinada nesas condicións.

Recolle así a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 17 de novembro de 2016, rec. 4274/2015: *“La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora URBASER, S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que URBASER, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación. Esto resulta, además, contrario a la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quien los consintió.”*

A recente Resolución 316/2020 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía reitera o dito:

“Como se indica en las resoluciones anteriormente invocadas la única excepción a la regla de la inimpugnabilidad de los pliegos cuando estos devienen firmes, es que el vicio o irregularidad afectante a los documentos contractuales no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior dela licitación -normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (a sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58).

En el supuesto enjuiciado, la misma recurrente esgrime que es consciente de que aceptó los pliegos al presentar su oferta y sin embargo no fundamenta en qué medida la redacción de los mismos le impidió detectar estas irregularidades de forma que haya sido en la adjudicación el momento en el que haya podido advertirlas.

En este sentido, si se admitieran los alegatos expuestos en este fundamento de derecho y se anulara la adjudicación, se estaría dejando al albur de la recurrente tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de las condiciones contractuales, como el propio curso del procedimiento de licitación.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que la entidad licitadora consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicataria, impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

En igual sentido, la Sentencia 118/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2016,...

Neste caso o PCAP xa recollía que o criterio de calidade técnica a valorar como xuízo de valo tería uns subcriterios onde operaría a “*prueba de uso y método...: Norma...*”, polo que xa sería dificilmente asumible en relación ao que acabamos de expresar que coa adxudicación o recurso cuestione o que foi a valoración efectuada destes tendo en conta esa configuración, pois o que aparece prima facie é que seguiu esa disposición nos pregos.

Pero é que existe outro elemento, sexa a maiores, que descarta que o recorrente poida usar o acordo de adxudicación para discutir o que, de ser esa a súa discrepancia, puidera facelo no momento en que se publicitaron as condicións desta licitación, e non cando a adxudicación non foi ao seu favor.

Efectivamente, no momento de anunciarse os pregos na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia tamén se publicou o informe/memoria do servizo promotor (artigo 116 LCSP) onde se explicaba como se entendía ese criterio de “Calidad técnica” e xa avanzando que nalgún dos subcriterios podería utilizarse unha fórmula, polo que de ser ese o interese do recorrente puido este xa coñecer o que agora pretende impugnar. Pero é que a concreta crítica sobre o que fixo o avaliador no sobre B para eses subcriterios de feito estaba precisamente mencionado nas páxinas 7 e seguintes desa memoria, polo que, por un lado o actuante no procedemento non fixo senón executar o que estaba recollido nas condicións fixadas para a licitación e, por outra, non podemos acoller que sexa co acordo de adxudicación onde se cuestionen tales condicións cando xa estaban publicitadas no inicio da licitación sen impugnación ao respecto.

A recentísima Resolución 372/2020 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía precisamente advirte: “*debe concluirse que si una licitadora*

razonablemente informada y con normal diligencia puede entender las condiciones de la licitación en el momento en que se anuncia la misma y tiene o pudo tener conocimiento del contenido de los pliegos, debe impugnar dichas condiciones, si las considera ilegales, en el plazo legalmente establecido para recurrirlos, transcurrido el cual estos devienen inatacables”.

En definitiva, dado que no momento de fixarse as condicións da licitación estaba xa reflectido o que o recorrente agora critica para pedir invalidar a adxudicación e incluso todo o proceso de licitación, sendo por tanto coñecido como ía a operar e non sendo impugnado naquel momento senón que se aquietou e puido presentar a súa oferta con coñecemento desta dimensión, non podemos acoller que caiba traer estas críticas neste intre, cando adxudicación non foi ao seu favor.

Como recolle a Resolución 318/2017 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

“Como declaró este Tribunal en su Resolución 10/2015, de 14 de enero, el principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores, además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo, encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la adjudicación, aparece un recurso contra los pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso.”

Sétimo.- A seguinte alegación é que a oferta da adxudicataria incumpre o PPT no referente ao lote 5.

O lote 5 estaba referido a “Absorbente incontinencia adulto anatómico noche elásticos TM e TG” e a esixencia en cuestión que trae o recurso tiña esta mención no PPT “Capacidad de absorción: 900-1200 ml”. Destacar tamén de inicio que o apartado 6.1 da Folla de especificacións do PCAP expresamente dispón: “6.1 Admite variantes: NO”.

Dito isto, é moi importante para o caso significar que existía outro lote, o número 6, cuxa descrición técnica era igual que no lote 5 pero coa denominación para o produto como “super-noche”, e no que é substantivo que a única diferenza para a descrición deste produto respecto ao do lote 5 fora que aquí a: “*Capacidad de absorción: Superior a 1200 ml*”.

Comparemos ambas descricións das súas características no PPT para cada lote (o subraiado é noso):

Lote 5	Lote 6
<i>Absorbente incontinencia para adulto anatómico noche elásticos. tallas mediana y grande.</i>	<i>Absorbente incontinencia para adulto anatómico súper-noche elásticos tallas mediana y grande.</i>
<i>Pañal de celulosa anatómico de un solo uso, cintura con elasticidad, zona inguinal con elásticos y tiras adhesivas reposicionables para su sujeción.</i>	<i>Pañal de celulosa anatómico de un solo uso, cintura con elasticidad, zona inguinal con elásticos y tiras adhesivas reposicionables para su sujeción.</i>
<u><i>Capacidad de absorción: 900-1200 ml.</i></u>	<u><i>Capacidad de absorción: Superior a 1200 ml.</i></u>
<i>Contorno de cintura de 70 a 125 cm para la talla mediana y de 90 a 150 cm para la talla grande.</i>	<i>Contorno de cintura de 70 a 125 cm para la talla mediana y de 90 a 150 cm para la talla grande.</i>

Polo tanto a diferenza determinante para o produto entre o lote 5 (noite) e o lote 6 (super-noite) era a capacidade absorción: 900-1200 ml no lote 5, superior a 1200 ml no lote 6.

O recurso o que expresa entón é que no produto da adxudicataria para o lote 5 a absorción vertical nos ensaios de laboratorio presentados darían 1210 ml para a talla mediana (TM) e de 1450 para a talla grande (TG), o cal tampouco é rexeitado polo empresa alegante neste recurso, a adxudicataria, como tal.

Certamente no informe de valoración do sobre B no referido á capacidade de absorción en “*prueba en uso y método vertical:...*” a cifra que aparece como descritiva da oferta da adxudicataria é 1210 en TM e de 1450 en TG. A maiores, esta circunstancia de que se ofrecera un produto con capacidade de absorción superior ao tramo recollido para este lote (pasando entón ao que sería o lote 6) está tamén recoñecido polo informe do órgano de contratación cando expresa: “*lo que hace AMD*

es ofrecer como absorbente tipo NOCHE (Lote 5), uno que podría ser categorizado por su capacidad de absorción por el método vertical como SUPERNOCHE, estando el resto de parámetros, incluido el precio dentro lo establecido en el PCAP y el PPT.”

A tese do órgano é que *“no siendo justo excluir un producto por presentar una absorción mayor que la del rango de clasificación”*.

Desta explicación o primeiro que resulta é unha nova constatación de que o produto ofrecido pola adxudicataria para o lote 5 na capacidade de absorción non estaba no tramo de “900-1200 ml” recollido no PPT para este lote, polo que este é un dato do que xa podemos partir.

Porén non podemos acoller o que nos traslada o órgano de contratación para obviar a problemática producida. Como dixemos en moitas ocasións a Administración contratante pode fixar os requisitos da contratación con ampla discrecionalidade pero unha vez fixados se “autolimita” en verbas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, sen que caiba logo aceptar proposicións que se afasten do esixido baixo a idea de que con iso se mellora a oferta, pois de querer que existira esa posibilidade había diversos camiños para recollelo así nas condicións da licitación pero ao non facelo non pode ser algo que apareza en relación a unha oferta en tal sentido.

O Tribunal Xeral da Unión Europea na Sentenza de 28 de xuño de 2016 (asunto T-652/14) afirma no seu apartado 78:

“Por el otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se atuvo a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, vulneraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación afectaría negativamente la una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia precisó 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 definió 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 fuere Energy, T-415/10, IU: T:2013:141, apartado 80)”.

Así, habería afectación aos principios da contratación como o de igualdade e transparencia pois o resto de licitadores realizaron a súa oferta confiando na literalidade do PPT, neste caso, da esixencia de que o lote 5 era para o tramo de capacidade de

absorción “900-1200 ml”, non só ademais por tal literalidade senón porque para o tramo a partir de aí xa existía precisamente outro lote, o 6, o cal é un elemento moi relevante aos efectos do que estamos sinalando. Tamén remarcar, como dixemos, que o apartado 6.1 da Folla de especificacións do PCAP expresamente dispón: “6.1 Admite variantes: NO”.

E tampouco cabe solventar esta cuestión polo cálculo de que cabe unha corrección da puntuación como parece apuntar tamén aquel informe ao recurso do órgano de contratación. En primeiro lugar, porque ante un incumprimento do PPT o que procede é a exclusión e ademais porque con esa corrección de puntuación se estaría afectando tamén aos principios aludidos pois o resto de licitadores puideron non chegar ao máximo dado que descoñecían que se permitiría superar esa literalidade expresa da capacidade de absorción e, en realidade, introducirse entón no que sería o lote 6, para chegar desta forma a mellorar a puntuación. Isto último ademais denota que a interpretación que busca o órgano non só ten estes obstáculos senón que é directamente incoherente coa división de lotes realizada, neste caso entre o lote 5 e o 6 pois cada un precisamente ten a súa capacidade de absorción, como agora tamén trataremos.

Efectivamente, para as capacidades de absorción superiores había outro lote especificamente, o 6, o cal fronte a esta horquilla para o lote 5, fixa que vale todo o superior a 1200 ml, e aí radica a súa diferenza técnica única ou principal no seu defecto co lote 5. Permitir esa superación da capacidade de absorción no lote 5 (cando, non esquezamos, a súa literalidade tamén leva á esixencia de estar entre 900 e 1200 ml) afecta ate á configuración que se quixeron dar aos lotes -os cales rematan cada un nun contrato diferente, precisamente-, de forma que por esta vía se caía na confusión e difuminación entre os lotes, cando se quixeron establecer como diferenciados precisamente pola distinta capacidade de absorción. O órgano puido deseñar doutra forma os lotes ou incluso unilos pero se non o fixo se “autolimita” logo.

E así tampouco podemos estimar a consideración da empresa alegante neste recurso pois a referencia a “*al valor de máxima absorción entre los productos ofertados*” é para dentro dos requisitos fixados no PPT non para non exceder da horquilla marcada por tal prego, e así o podía interpretar un licitador dilixente, con ademais a problemática da intromisión das características para outro lote como expresamos. Tampouco cabe, como dixemos en moitas ocasións, o estrangulamento ou descontextualización das palabras para facer chegar a un resultado impropio de forma que a traída illada cara o termo mínimos sempre debe ser coherente co que se fixo para este lote 5,

precisamente a diferenza do lote 6, unido, lembremos, a non admisión de variantes na licitación. De feito, non aparece como compatible a que no lote 5 no referente á capacidade de absorción puidera ser un mínimo cando o que aí se expresa é textualmente un tramo, de forma que de ser un mínimo se expresaría como se fai no lote 6 (superior a...), non como no lote 5, como unha horquilla, e así o podía entender un licitador dilixente ao preparar a súa oferta, polo que non aplicalo así afecta aos principios de igualdade e transparencia.

Lembramos o no seu día resolto por este TACGal precisamente perante unha licitación do Servizo Galego de Saúde, polo tamén nos remitimos as explicación da Resolución 9/2018:

“Como inmediatamente observaremos na descrición literal do produto a subministrar no lote 2 o PPT se fala, textualmente, de “sistema radiográfico analóxico”, e non doutro tipo de sistema radiográfico.

Non é só esa literalidade, que ten un peso evidentemente moi cualificado para o prisma do que pode entender un licitador, senón que isto se ve reforzado se comparamos a descrición do lote 2, co resto de lotes.

(...)

Como recolle o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resolución 37/2016: “...el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial,...”

O prisma a valorar aquí é o ordenado por Sentenzas coma a do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, na Sentenza de 22 de abril de 2010, onde advirte que se debe ofrecer obxectivamente a todo posible licitador, normalmente informado e experimentado, e razoablemente dilixente, a oportunidade de facerse unha idea concreta do obxecto da licitación, e de formular en consecuencia a súa oferta.

(...)

Así, quen pretendía concorrer a esa licitación era lóxico que entendera que o buscado non era tal sistema directamente dixital, pois senón se expresaría literalmente neses termos, sexa con tal expresión – como fai o lote 1-, sexa co xogo de permitir

variantes, etc., sendo coñecido que a falta de claridade non pode ir en prexuízo do que pretende concorrer. Engadir neste punto que, como recolle a carátula do PCAP, non estaban admitidas variantes, e que cando na mesma (apartado 11.1.1) alude ao termo “melloras” a efectos dos criterios de adxudicación do lote 2, as refire só á habitabilidade dos espazos, non ao que nos ocupa.

De feito, é moi ilustrativo constatar como no expediente de licitación obra o informe técnico relativo aos criterios non valorables de forma automática sobre este Lote 2, o cal recoñece que FUJIFILM presenta unha oferta “tecnológicamente muy superior a lo solicitado, ya que presenta una sala digital directa...” e engade, de forma moi significativa para os termos deste debate, que “...en lugar de una sala compatible en un futuro con los sistemas de digitalización existentes en el mercado tal como se solicita en el PPT”.

Isto remarca a consideración de que, en realidade, se presentou un produto, que pode que agora se entenda que mellor a eses efectos tecnolóxicos, pero diferente ao que un licitador dilixente podía entender que era o que se estaba a solicitar, coa creba dos principios que estamos a aludir.

O informe xuntado polo órgano de contratación ao remitir o expediente, considera que a dixitalización directa ofrecida é máis favorable para o Servizo Galego de Saúde e que quedaba claro que “el objetivo final de la licitación era conseguir un sistema digital completo”. Se ese era o obxectivo, necesitaba entón dunha descrición máis aberta do produto, remarcando que debía servir a tal finalidade, sen recoller de forma tan explícita o seu carácter de analóxico, directamente ligado á descrición do sistema radiográfico, e que ademais se reforza, por se non fora aquilo suficientemente explícito, cunha ulterior referencia, tamén textual, a unha detección dixital “indirecta”. A interpretación máis lóxica para un licitador, entón, é que este carácter analóxico era parte do solicitado, e non como un mínimo, senón como requisito a partir do cal podían aportarse, no seu caso, mellores prestacións, pero non obviando aquilo.

(...)

Como apuntabamos, o principio de igualdade de trato esixe que os licitadores coñezan con claridade os requisitos e condicións da licitación, o que determina a imposibilidade de que logo apareza un produto distinto ao mencionado, pois precisamente o que concorre é consciente da necesidade de suxeitarse ao estritamente solicitado, so pena de exclusión por presentar algo diferente.

Neste sentido pronúnciase o Tribunal Xeral da Unión Europea, Sala Segunda, na Sentenza de 28 de xuño de 2016 (asunto T-652/14), afirmando no seu apartado 78:

“Por el otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se atuvo a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, vulneraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación afectaría negativamente la una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia precisó 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 definió 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 fuere Energy, T-415/10, IU: T:2013:141, apartado 80)”.

Non é necesario desenvolver que se o órgano de contratación quere deixar máis aberto o produto a ofertar polo licitadores, ten camiños varios: unha descrición máis ampla do obxecto contractual, como mellora, variante,... con sometemento, en cada caso, ao marco e condicionantes que implican, pero coa nota común de claridade para o licitador dilixente que quere axustar a súa oferta ao solicitado. Pero, como acabamos de reproducir, xa o TXUE advirte que, unha vez descrito o produto a subministrar, o órgano de contratación se “autolimita”, e isto en garantía deses principios de igualdade e confianza, sen que sexa alicerce para obviar tales importantes bens xurídicos cláusulas xenéricas.

A Resolución 230/2017 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid reitera como os pregos tamén vinculan ao órgano de contratación, loxicamente:

“Conviene recordar que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. (...)

Por su parte el órgano de contratación, en contrapartida, debe respetar y no relativizar a la hora de valorar la oferta, las exigencias establecidas en los pliegos rectores de la licitación, por lo que resulta de extrema importancia que las mismas no lo sean de carácter puramente formal y tengan una función en relación con la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

A recentísima Sentenza do Tribunal Supremo de 23 de de marzo de 2018 (recurso 2838/2015), incide no vencellamento á literalidade dos pregos e resto de documentación contractual:

“La sentencia no desconoció las prerrogativas de que dispone la Administración para interpretar los pliegos ni, en particular, la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación. Se limitó, simplemente, insistimos, a aplicar los pliegos los cuales, como venimos recordando, vinculan a los licitadores pero también a la Administración. Esa aplicación viene precedida por una interpretación que, ciertamente, se atuvo al sentido de las palabras utilizadas por ellos y es coherente con el conjunto de las cláusulas y de la documentación contractual así como con el objeto del contrato.

(...)

Esa opción puede parecer mejor o peor pero es la que tomó la Administración autora de los pliegos y la sentencia no hizo más que hacerla cumplir, que es hacer cumplir los pliegos aceptados por los licitadores.”

Como peche, aínda que a efectos dialécticos nos situáramos no plano das melloras, os Tribunais de recursos contractuais remarkan as condicións para que estas se axusten aos parámetros dos principios da contratación pública. Por todas, Resolución 61/2015 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid:

“Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en su informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, relativo a la inclusión en los pliegos de criterios de adjudicación consistentes en la valoración de mejoras, que son admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en el pliego (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en la que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) analizó el deber de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras el principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues cómo recordó la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el pliego”. El principio de igualdad, rector de la licitación pública, y su vertiente del principio de

transparencia, implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/ CAS Succhi dice Frutta, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111)."

Por esta vía, entón, tamén chegaríamos á conclusión de que se o que o órgano de contratación buscaba era que se mellorara o produto ate ese punto debía ser, en todo caso, recollido con toda claridade e taxatividade, e non con expresións xenéricas, o cal aportamos a efectos de completar esta análise.

A consecuencia da anterior conclusión é que a oferta de FUJIFILM EUROPE GmbH Sucursal en España, non podía ser admitida verbo do lote 2 por non axustarse aos pregos, tal como explicamos e resulta do artigo 84 do Real Decreto 1098/2011, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas."

Polo tanto, debemos acoller o recurso neste punto anulando o acordo de adxudicación do lote 5, de forma que tras a exclusión da oferta de ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, S.A.U. dese lote 5, se retrotraia o procedemento para que este se culmine novamente como corresponda en dereito.

Oitavo.- A última alegación do recurso contén a afirmación de que os produtos presentados pola adxudicataria a estes lotes 5 e 6 non se corresponderían cos produtos ofertados por esta no expediente de contratación segundo as fichas técnicas aportadas, no referido á capacidade de retención e absorción.

Ante todo, o informe do órgano de contratación ao recurso ofrece explicacións para non poder acollerse este aspecto do recurso:

"La denuncia es grave, pero LABORATORIOS INDAS no presenta ninguna prueba de que AMD haya sido sancionada por ninguna autoridad de consumo o sanitaria, ni haya sido penalizada, o se le haya rescindido ningún contrato por parte de un órgano de contratación por los hechos que denuncia.

La recurrente, que no es tercera parte independiente, se basa en que ella misma ha tomado unas muestras de un producto en Farmacia y las ha mandado a analizar a un laboratorio certificado. Esta actuación no sería válida en un procedimiento de control de calidad (hay que testar el producto ofertado y no otros).

Además, hay que tener en cuenta que en esta licitación no se exige que los productos estén dados de alta en el catalogo de efectos y accesorios del Ministerio de Sanidad (no necesitan “cupón precinto”). Esto significa que las empresas ofertantes pueden ofertar un producto fabricado específicamente para este contrato siempre que cumpla las prescripciones técnicas mínimas de la contratación y no necesariamente el mismo producto que se distribuye a través del canal de las farmacias y que es financiado como prestación farmacéutica.

AMD utiliza en las fichas técnicas que presenta para identificar sus productos: código Sergas, referencia comercial y código nacional. En su oferta económica asocia el código Sergas y la referencia comercial y en su oferta logística el código Sergas, la referencia comercial y los correspondientes códigos GTIN para cada formato logístico.

Como identifica o simboliza cada empresa sus productos es un asunto interno de la misma, ajeno a la licitación. Sí que es fundamental, para la ejecución del contrato, realizar un control y seguimiento del mismo para garantizar la calidad y trazabilidad de los productos.

La primera actuación de la Administración al recepcionar un producto es identificar de manera inequívoca qué referencia o código está entregando la empresa contratista y su correspondencia con lo ofertado. Por lo tanto, el código o referencia que la empresa contratista le ponga a su producto es un tema interno, pero en la ejecución ha de enviar los productos con las referencias o códigos que ha ofertado, en concreto, la referencia comercial y los códigos GTIN.

La empresa AMD ha aportado los certificados que se le exigían en el procedimiento en relación a determinados ítems incluidos en el criterio de calidad técnica del producto y este órgano de contratación no puede presuponer que los certificados aportados no se correspondan con los productos ofertados y que estos sean de calidad inferior máxime cuando la valoración en uso efectuada no contradice los valores incluidos en dichos certificados.

Por otra parte, la recurrente está haciendo un “juicio de intenciones” sobre como se va a desarrollar la ejecución del contrato. La cláusula 8.1.8 del Pliego Modelo de cláusulas administrativas faculta al órgano de contratación a ordenar ensayos de los productos suministrados para el estricto cumplimiento del contrato, pero no se recoge en los pliegos la obligación de la Administración de realizar estos ensayos en la fase de valoración de las ofertas ya que estos deberían hacerse para todas las ofertas admitidas y habría que haber configurado un procedimiento distinto pues los ensayos tienen un coste asociado y que desde luego no puede ser asumido por la recurrente.

Por lo tanto, la Administración en uso de sus facultades, en la ejecución del contrato, vigilará y controlará que la empresa contratista ejecute los suministros en las condiciones que haya ofertado y para ello, entre otros mecanismos, tiene la posibilidad de realizar pruebas o ensayos de laboratorio.”

A maiores, e centrados na licitación que nos ocupa o que aparece no expediente é que no informe técnico de valoración do sobre B se afirma que: “Los absorbentes fueron valorados por el equipo multidisciplinar de apoyo a esta compra corporativa, en residencias socio-sanitarias y en hospitales ubicados en 4 Áreas Sanitarias” “Se probaron 75 muestras de cada lote/empresa para lotes de talla única y 150 muestras por lote/empresa para los lotes con talla mediana y grande (75 muestras por talla).” “Los parámetros en los que se solicitaron ensayos realizados a partir de una determinada norma fueron puntuados en función de los resultados obtenidos en dichos ensayos para cada lote/talla/empresa, después de comprobar que el comportamiento en uso era concordante con lo aportado por las empresas en los correspondientes ensayos.”. Isto é, o que lemos é que houbo a comprobación de “el comportamiento en uso era concordante con lo aportado por las empresas en los correspondientes ensayos.”, e tamén o informe ao recurso recolle que “la valoración en uso efectuada no contradice los valores incluidos en dichos certificados”, polo que non podemos acoller o recurso neste punto cando isto é que aparece no expediente desta licitación.

Tamén a empresa alegante neste recurso expresa sobre eses outros produtos desta traídos polo recorrente que: “sin que quede acreditado en lo más mínimo que se trate de los mismos absorbente que AMD ofertó en la presente licitación, ya que se desconoce a qué partidas pertenecen estos bienes objeto de pruebas y cuál es su antigüedad (a lo largo de los años todos los productos de AMD han ido experimentando múltiples mejoras tecnológicas sin variar su Código Nacional), ni cómo se obtuvieron los productos, su trazabilidad, conservación, tratamiento y, por lo tanto, su integridad.”; que “los productos que AMD suministra a diferentes administraciones siempre cumplen las características requeridas en cada una de estas licitaciones, que varían según las necesidades de las entidades contratantes” ou que “en esta licitación mi representada se comprometió a suministrar para el Lote 5 y 6 los absorbentes anatómicos con elásticos que cumplen los parámetros indicados en las fichas técnicas de los productos incluidas en el Sobre B (oferta técnica), certificados por el laboratorio independiente Instituto AITEX - LA VERACIDAD DE LOS CUALES EN ABSOLUTO PUEDE QUEDAR DESVIRTUADA CON LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR INDAS.”

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por LABORATORIOS INDAS, S.L.U. contra o acordo de adxudicación dos lotes 5 e 6 da contratación dunha subministración sucesiva de material de incontinencia urinaria con destino aos centros asistenciais do Servizo Galego de Saúde e residencias sociosanitarias da Comunidade Autónoma de Galicia, expediente SI-SER1-19-029 licitado polo Servizo Galego de Saúde, nos termos recollidos na parte estimatoria desta resolución.
2. Levantar a suspensión automaticamente producida por efecto do artigo 53 LCSP .
3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva nos seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.