

Barcelona, 9 de novembre de 2022

Resolució núm.: 281/2022 (recurs N-2021-0418)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.H.Q. d.LI., en nom i representació de l'empresa LABORATORIOS INDAS, SAU, contra la resolució d'adjudicació del lot 3 del contracte per al subministrament de material sanitari per a l'HOSPITAL SOCIOSANITARI FRANCOLÍ DE TARRAGONA, licitat per GESTIÓ I PRESTACIÓ DE SERVEIS DE SALUT (GPSS) (expedient 5/2020), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 12 de juliol de 2021 mitjançant resolució de l'òrgan de contractació – empresa pública GESTIÓ I PRESTACIÓ DE SERVEIS DE SALUT-GIPSS- es va adjudicar el contracte referenciat, en concret, respecte al lot 3, relatiu a incontinència bolquers i protectors de llit, el contracte es va adjudicar a l'empresa ALBINO DIAS ANDRADE, SL (en endavant, ADA), que va ser publicada al perfil de contractant el 16 de juliol de 2021, no consta la notificació a les empreses licitadores.

SEGON. En data 22 de juliol de 2021 l'empresa LABORATORIO INDAS, SAU (en endavant, INDAS) va tenir accés a la part de l'expedient declarada no confidencial.

TERCER. En data 3 d'agost de 2021, l'empresa INDAS va presentar recurs especial davant el SERVEI CATALÀ DE SALUT contra l'adjudicació del lot 3 del contracte. Fonamenta el recurs pel fet que pretesament el producte ofert per ADA incompleix les especificacions tècniques establertes en el plec de prescripcions tècniques –PPT- perquè els productes oferts no tenen la solució protectora de la pell, mentre que el seu producte sí que ho compleix i a

tals efectes, adjunta una fitxa del seu producte. Per això, demana l'exclusió de l'oferta per tal que se li adjudiqui a ella i l'anul·lació de la resolució d'adjudicació

QUART. En data 3 de setembre de 2021, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), 28 del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual, i 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013).

En data 7 de setembre de 2021, va tenir entrada en el Tribunal l'expedient de contractació així com l'informe de l'òrgan de contractació amb què informa la desestimació del recurs perquè d'acord amb l'annex 7, de l'oferta d'ADA, que havia estat declarat confidencial, els productes oferts per aquesta empresa compleixen els requisits del PPT, tal i com consta en el punt 7 intitulat "*Documento de Albino Días de Andrade, SA sobre la presencia de sustancias dermoprotectoras*" en què especifica la presència de substàncies derma protectores en els bolquers presentats.

Afegeix que aquest document núm. 7 va ser declarat confidencial:

L'al·legació ha estat fonamentada en base a la documentació a la qual van tenir accés, però per tal donar compliment a l'article 133.1 de la LCSP que preveu "*Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta (...)*", part d'ella no era visible atès que l'empresa adjudicatària va declarar-la confidencial.

Un dels apartats que han estat considerats confidencials, és el número 7 on es troben les fitxes tècniques dels bolquers i que contenen la informació sobre les substàncies derma protectores.

Ultra això, explica que la comissió tècnica va realitzar comprovacions dels marcadors d'humitat de les mostres aportades a l'expedient.

CINQUÈ. En data 19 d'octubre de 2021, es va obrir el període d'al·legacions de cinc dies hàbils per aquest Tribunal a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, sense que s'hagin rebut al·legacions.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

GESTIÓ I PRESTACIÓ DE SERVEIS DE SALUT-GiPSS- és una empresa pública de la Generalitat de Catalunya que es va crear l'any 1992 i està adscrita al Servei Català de la Salut oferint atenció sanitària, social i domiciliària en l'àmbit territorial del Camp de Tarragona i les Terres de l'Ebre.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat -149.417 euros i 53.335 euros el lot 3 -, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. La part actora es dirigeix contra l'adjudicació del contracte que és un acte susceptible de ser recorregut d'acord amb l'article 44.2 de la LCSP.

D'acord amb això, la interposició del recurs produeix *ope legis* l'efecte de suspendre automàticament l'adjudicació del contracte, d'acord amb els articles 53 de la LCSP i 21.3 del RD 814/2015, sense que calgui el pronunciament exprés d'aquest Tribunal.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP.

També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Exposades les posicions de les parts, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar, una vegada més, que la seva funció no és fiscalitzadora, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació.

La funció d'aquest Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 35/2021, 246/2020, 222/2020, 364/2019, 355/2019, 342/2019, 310/2019, 303/2019, 270/2019, 260/2019, 240/2019, 202/2019, 174/2019, 166/2019, 162/2019 d'aquest Tribunal; Sentència

del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, Agence européenne d'intérims/Comissió, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea -TGUE- de 24 de febrer de 2000, ADT Projekt/Comissió, T145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, Brink's Security Luxembourg S.A., apartat 193).

Així, d'existir vicis o incompliments en l'acte impugnat, aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació i els seus òrgans d'assistència i assessorament, que són els competents per dictar els actes i informes corresponents en el decurs del procediment de contractació (per totes, en supòsits substancialment idèntics al present, resolucions 15/2018 i 10/2018). Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Així mateix, també és criteri constant aquell segons el qual en l'apreciació de les característiques tècniques de les ofertes i de la documentació d'aquest caire que les acompanya entra en joc el factor de la discrecionalitat tècnica de l'administració, la qual limita les facultats revisores d'aquest Tribunal, que no pot entrar a corregir amb criteris jurídics qüestions que són d'apreciació eminentment tècnica. Això afecta al que la jurisprudència ha vingut denominant com el "nucli material de la decisió" (entre d'altres, les resolucions 225/2020, 35/2020, 26/2020, 2/2020, 361/2019, 91/2018, 58/2018, 106/2017, 91/2017, 27/2016, 123/2015, 122/2015 i 88/2015).

Ara bé, això no significa que aquestes qüestions de caràcter tècnic restin fora del control de legalitat ni que la discrecionalitat tècnica de l'administració sigui absoluta. En aquests casos, la funció revisora del tribunal queda circumscrita als aspectes formals de competència i procediment, de compliment de la normativa i els plecs que regeixen la licitació i de motivació dels actes per tal de dilucidar si hi concorre arbitrietat, discriminació, manca de força en les argumentacions o error patent d'apreciació (a més de les ja citades, resolucions 182/2017, 6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016 i 82/2016, que incorporen alhora jurisprudència europea i doctrina d'altres tribunals de recursos contractuals)..

Adicionalment, en l'exercici de dita funció revisora, el Tribunal ha d'estar a allò constatat per l'òrgan de contractació atès que els actes dels poders adjudicadors disposen de la presumpció de validesa, certesa, encert i legalitat, tret de prova en contra, com ha indicat aquest Tribunal en nombroses resolucions (per totes, les resolucions 59/2021, 50/2021, 21/2021, 406/2020, 135/2020, 160/2018, 118/2018, 102/2018, 74/2018, 186/2017, 161/2017, 153/2017 i 152/2017 del Tribunal). En aquesta mateixa línia, la Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de maig de 2013 (Roj. SAN 2420/2013) va afirmar que:

"(...) a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimiento "ad hoc" del tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente del perito de parte."

En aquest sentit, és indiscutible també el valor dels informes tècnics emesos en el marc del procediment, que serveixen de base de motivació a l'òrgan resolutori (per totes, resolucions 520/2017, 448/2016 i 456/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). En concret, la darrera d'aquestes resolucions afirma el següent:

"Los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y solo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. (...) para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie adicionalmente error material, ni arbitrariedad o discriminación."

D'igual manera s'ha pronunciat reiteradament el Tribunal, establint, entre moltes altres, en la Resolució 170/2017, que:

"En efecte, seguint la doctrina imperant i, tal com aquest Tribunal ha assentat en nombroses resolucions (entre d'altres, Resolucions núm. 47/2013, 132/2013, 133/2013, 141/2013, 78/2014 i 125/2014, que recullen la doctrina fixada en resolucions anteriors), l'administració disposa d'un cert

nivell de discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no són controlables des del punt de vista jurídic. Això no significa que, en els assumptes de caràcter tècnic, aquest Tribunal no pugui comprovar si en l'apreciació i valoració d'aquests extrems s'ha actuat amb discriminació entre els licitadors, s'ha incorregut en un error patent o que s'hagi pogut produir cap infracció legal en el compliment dels requisits i tràmits del procediment per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes i concloure la inviabilitat de l'oferta analitzada. Si no hi ha cap indicatiu d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions, l'anàlisi tècnica s'emmarca dins de la discrecionalitat de l'administració i aquest Tribunal no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, l'apreciació de la inviabilitat de l'oferta estigui motivada i resulti racional i raonable. Aquesta és la voluntat del legislador per confrontar les opinions de les parts i evitar una possible arbitrarietat en l'actuació de l'administració mitjançant el seu control jurisdiccional."

Per tant, atès que els informes tècnics estan dotats d'una presumpció de certesa i legalitat, en contra d'aquests només hi cap una prova suficient que demostrï que són manifestament erronis o que s'hagin dictat en clara discriminació dels licitadors. Per tant, aquest Tribunal ha de limitar-se a comprovar si s'ha seguit els tràmits procedimentals i de competència, si s'ha incorregut en error material i si s'han aplicat formulacions arbitràries o discriminatòries.

Ultra això, per analitzar la qüestió controvertida cal partir del fet que, efectivament, els plecs rectors de la licitació, en aquesta qüestió, no van ser impugnats en el seu moment i que, per tant, en aquest sentit, van esdevenir *lex inter partes*, de manera que les seves previsions al respecte van esdevenir vinculants per a totes les parts, tant les empreses licitadores que les van acceptar incondicionadament en presentar-se a la licitació ex article 139.1 de la LCSP, com a l'òrgan de contractació, qui ha de vetllar per adjudicar el contracte a qui compleixi les condicions establertes, com a lògic corol·lari de la garantia dels principis d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència que proclamen els articles 1 i 132 de la LCSP (per totes, les resolucions 218/2018, 107/2018, 99/2018, 32/2018, 102/2017, 91/2017, 54/2017, 14/2017, 6/2017, 166/2016, 125/2016, 118/2016, 78/2016, 67/2016 i 52/2016, en consonància amb la jurisprudència -per totes, sentències del Tribunal Suprem de 9 d'octubre de 2019, 27 de maig de 2009, 26 de desembre de 2007, 21 de març de 2007 i 28 de juny de 2004, i de l'Audiència Nacional de 17 de febrer de 2016- i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals, com ara, també per totes, les resolucions 43/2018, 8/2018, 5/2018, 1213/2017 i 1175/2017 del TACRC, que recullen i citen alhora el bagatge doctrinal fins aleshores).

En aquesta licitació el PPT exigia que a la part interna del bolquer existís *teixit amb solució protectora de la pell*.

La part recurrent nega aquest requeriment que, sense cap dificultat, és refutat per l'òrgan de contractació atesa la fitxa tècnica que consta en el punt 7 de l'oferta d'ADA –extrem corroborat per aquest Tribunal- i destaca que també ho va comprovar.

Al respecte, i si bé aquest Tribunal ha de desestimar el recurs a la vista precisament dels principis de veracitat i encert dels òrgans de contractació en la valoració tècnica de les ofertes –a més de la prova efectuada per l'òrgan de contractació-, no pot estar-se d'apuntar que molt probablement aquest recurs no s'hagués interposat si la part actora hagués conegut si més no els *aspectes neutres* de l'oferta d'ADA, conjugant així el principi de defensa amb el d'accés (en aquest sentit, per totes les resolucions 267/2022 i 29/2022, relatives a l'abast de l'accés de les ofertes *versus* confidencialitat d'aquestes).

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Desestimar el recurs especial en matèria de contractació presentat per el recurs especial en matèria de contractació presentat per J.H.Q. d.LI., en nom i representació de l'empresa LABORATORIOS INDAS, SAU, contra la resolució d'adjudicació del lot 3 del contracte per al subministrament de material sanitari per a l'HOSPITAL SOCIOSANITARI FRANCOLÍ DE TARRAGONA, licitat per Gestió i Prestació de Serveis de Salut (GPSS) (expedient 5/2020).
- 2.- Aixecar la suspensió automàtica del procediment de contractació produïda a l'empara de l'article 53 de la LCSP.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa

del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 9 de novembre de 2022.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta