



Recurso nº 1497/2022 C.A. Cantabria nº 64/2022

Resolución nº 1541/2022

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.Z.C. en nombre y representación de FARMADOSIS, S.L., contra el acuerdo de exclusión del contrato de “*suministro de material de test rápidos de antígenos COVID-19 nasofaríngeo con destino a los órganos periféricos del Servicio Cántabro de Salud (SCS 2022/40)*”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 21 de agosto de 2022 se publica en la plataforma de contratación del sector público (PLACE) el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de referencia, siendo a su vez publicado en el DOUE el 24 de agosto posterior.

El valor estimado del contrato de acuerdo con su publicación, es de 1.123.200,00 €, IVA excluido.

Segundo. - El Pliego de Prescripciones Técnicas establece como requisito técnico mínimo de los test que deben ser suministrados que su lectura visual sea inferior a 20 minutos.

Ese requisito técnico (RE 4), viene precedido por la mención como cláusula 3 en el pliego de descripción técnica general del producto que “deben cumplir la Directiva 93/42/CEE de productos sanitarios y transposición al Real Decreto 1591/2009 por el que se regulan los productos sanitarios...”

La cláusula 6 añade que “el incumplimiento de alguna de dichas especificaciones (técnicas) supondrá la exclusión de la oferta”.



Tercero. El 26 de septiembre de 2022 se emite Informe Técnico (publicado en PLACE el 17 de octubre) según el cual se excluye a aquellos licitadores, hasta 5 de un total de 18, que no garantizan un tiempo de lectura visual inferior a 20 minutos (Documento 15), comunicándose la exclusión a la recurrente el 17 de octubre (Documento 16), tal como recoge el propio recurso.

Cuarto. El día 8 de noviembre de 2022, el recurrente interpone ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación para su tramitación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Quinto. Con fecha de 14 de noviembre de 2022, el órgano de contratación, previo requerimiento del Tribunal, remitió expediente administrativo y se emitió el informe por este interesando la desestimación del recurso. Por su parte, el Tribunal requirió a los demás interesados para la formulación de alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.

Sexto. - Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 24 de noviembre de 2022 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es, de darse los demás requisitos de procedibilidad, competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).



Segundo. Se recurre la exclusión del procedimiento de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es de 1.123.200,00€, IVA excluido.

El artículo 44.1.a) de la LCSP, establece.

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros...

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.”

En consecuencia se trata de un acto recurrible.

Tercero. - En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que el recurrente lo interpuso no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la notificación del acto recurrido.

Cuarto. - El recurrente está legitimado para impugnar su exclusión, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. Establece dicho precepto que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.



Quinto. Lo cierto es que el único elemento objeto de controversia en el presente caso es fáctico, y versa sobre el tiempo que el producto Flowflex tarda en permitir la lectura del resultado del test rápido de antígenos.

Hemos de comenzar recordando la doctrina de este Tribunal que ampara la exclusión del licitador en caso de un incumplimiento de los pliegos. En este sentido, podemos hacer cita de la Resolución 105/2019, de 8 de febrero, que recoge la doctrina de este Tribunal sobre la materia:

«De esta forma, este Tribunal ha señalado que la posibilidad de excluir a un licitador por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, está expresamente recogida en el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Este precepto establece que “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.

Por tanto, es innegable que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas establecidas en los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión del licitador, porque ello supondría la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con las condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptados por el licitador al presentar su oferta” (Resolución nº 551/2014 de 18 de julio).

En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro».



En relación con el carácter terminante del incumplimiento, manifestamos en nuestra Resolución 815/2014, de 31 de octubre que *«Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la oferta al cumplimiento del objeto del contrato.*

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado».

Más recientemente, hemos precisado los anteriores planteamientos en nuestra Resolución nº 1564/2021, de 11 de noviembre:

«Así se debe valorar si de la documentación aportada por la recurrente, de conformidad con el PCAP, cabe deducir un incumplimiento claro, palmario y evidente más allá de toda duda técnica o jurídica, de las prescripciones técnicas exigidas en el PPT que permita deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego».

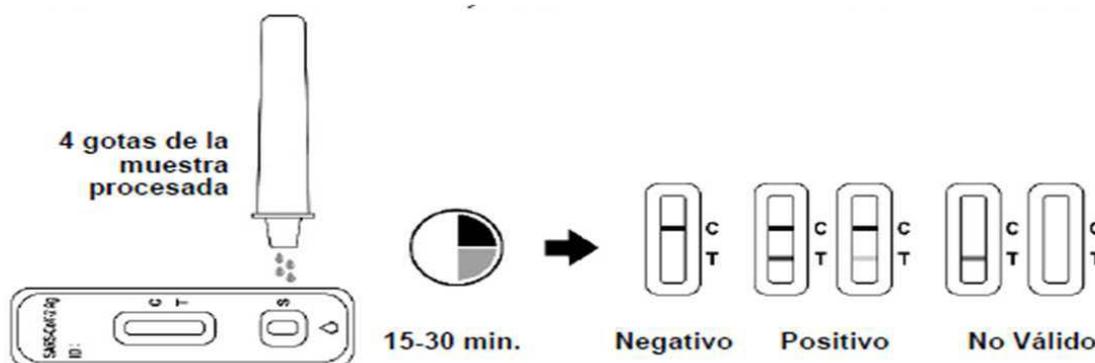
Del mismo modo, ante una discusión que afecta a requerimientos técnicos del producto objeto de suministro, hemos señalado que la Administración goza de discrecionalidad técnica, de forma que el criterio asumido por ésta, siguiendo informes técnicos, solo puede ser revisado en caso de ser manifiestamente erróneos o infundados.

Sexto. Aplicando la doctrina anterior al presente caso, lo cierto es que este Tribunal considera que la valoración técnica de la oferta del recurrente no ha incurrido en error manifiesto, ni altera la competencia, pues idéntico criterio se ha aplicado a todos los afectados, y concluye con un incumplimiento claro del pliego, si bien esto último requiere el contraste de la prueba obrante en el expediente.

En efecto, hay varios elementos de prueba en el expediente, como subraya el órgano de contratación en su informe.

Por un lado el prospecto del producto ofrecido que, a diferencia de otros productos existentes en el mercado de acuerdo con sus respectivos prospectos, indica textualmente en varias ocasiones lo siguiente:

“los resultados de la prueba pueden observarse a simple vista en 15-30 minutos en función de la presencia o ausencia de líneas de color”, “los resultados de una prueba vírica con niveles de carga altos se mostrarán pasados 15 minutos o tan pronto como aparezcan líneas de color en la región de línea de prueba”, “espere que aparezca(n) la(s) línea(s) de color. El resultado deberá verse en 15-30 minutos. No lea el resultado una vez transcurrido 30 minutos”. Además añade un gráfico del tenor siguiente:



Sobre el valor probatorio del prospecto, ciertamente no parece que pueda ponerse en cuestión. El Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, y al que se remiten los pliegos, mencionan los prospectos solo para indicar que en los mismos debe figurar el marcado de conformidad CE.

Para determinar cuál es el contenido de los prospectos, no obstante, sirven mejor de referencia los artículos 29 y 30 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que



se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente -aunque aquí estamos ante productos sanitarios y no medicamentos-. En todo caso y si mencionamos dicha norma es para evidenciar que los prospectos “habrán de ser conformes a la información de su ficha técnica”, y forman parte de la solicitud previa a la autorización del producto. Por tanto su contenido resulta fiable, pues forma parte del procedimiento administrativo previo a la autorización del producto. Su objetivo de modo general es dar una información completa al usuario y no un resumen de la misma.

Por el contrario alega la recurrente que en el Registro de Base de datos de métodos de prueba y dispositivos de diagnóstico in vitro de COVID-19 de la Comisión Europea se especifica que el tiempo de lectura visual del producto ofertado es de 15 minutos. La base de datos que asienta el registro se recoge en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios para diagnóstico in vitro y por el que se derogan la Directiva 98/79/CE y la Decisión 2010/227/UE de la Comisión. Este registro se prevé, a su vez, en el artículo 27 anterior. En el mismo se identifica su contenido cuando dice que “antes de introducir un producto en el mercado, el fabricante, de conformidad con las normas de la entidad emisora a que se refiere el artículo 24, apartado 2, asignará al producto un UDI-DI básico, tal como se define en el anexo VI, parte C, y lo transmitirá a la base de datos UDI junto con los demás elementos de los datos fundamentales relativos a dicho producto a que se refiere el anexo VI, parte B.” Se trata por tanto de hacer constar los “datos fundamentales” que permiten la identificación y trazabilidad del producto. Es por ello que el Anexo VI, que contienen información sobre los productos objeto de la norma, se refieren “el resumen de la seguridad y del funcionamiento” o “en su caso, condiciones de almacenamiento o manipulación (como figuran en la etiqueta o en las instrucciones de uso)”. Dicho de otro modo, los datos de esa base de datos son suministrados por el fabricante, su representante o el importador, que tienen la obligación de hacerlo de manera correcta, pero no para describir el funcionamiento o manipulación del producto de modo completo, sino a lo sumo un resumen, y de acuerdo con las instrucciones que aparecen en el prospecto o instrucciones de uso, pues lo esencial es la constancia pública de que se trata de un producto certificado y por tanto, hábil para el consumo, pero no dar una información exhaustiva del mismo.



Desde este prisma, la decisión del órgano de contratación en el presente caso es razonable y no altera la competencia, habiendo sido aplicada a todos los licitadores en idéntica posición.

En efecto, el valor informativo y probatorio del prospecto, respecto de la mención formularia de la base de datos, es cualitativamente mayor, en cuanto recoge las instrucciones de uso completas. Del conjunto del mismo, resulta con claridad, que con niveles altos de carga viral el resultado aparecerá pronto, como mucho en 15 minutos. Sin embargo no excluye, con niveles bajos, que el resultado se demore, incluso hasta 30 minutos. Por tanto, de acuerdo con el mismo, se reconoce por el fabricante que en principio, el test puede dar resultado en 15 minutos, pero en ocasiones se demorará por encima de los 20 minutos, incluso hasta los 30 minutos, a diferencia de lo que ocurre en los prospectos de otros productos ofertados. Solo rebasado dicho plazo de 30 minutos no debe leerse su resultado sin que se sostenga la interpretación alternativa del recurso, que por ello, debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.Z.C. en nombre y representación de FARMADOSIS, S.L., contra el acuerdo de exclusión del contrato de *“suministro de material de test rápidos de antígenos COVID-19 nasofaríngeo con destino a los órganos periféricos del Servicio Cántabro de Salud (SCS 2022/40)”*

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día



siguiente a la recepción de esta 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.