Recurso 520/2022
Resolución 67/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UNIÓN 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, nº 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 adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de julio de 2022 se publicó 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.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, que ha sido excluida de la licitación por la mesa de contratación de 11 de noviembre de 2022 en la que esta aprobó el informe de valoración de la comisión técnica sobre los criterios de valoración automáticos que respecto a la oferta de la recurrente hacía constar que *"No cumple PPT, se propone para su exclusión:*.

SEGUNDO. El 16 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad UNIÓN 50, S.L. (en adelante la recurrente) contra el acuerdo indicado en el antecedente anterior. En dicho recurso, entre otras cuestiones, se solicita acceso al expediente.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del escrito de impugnación, requiriéndole el expediente administrativo, la solicitud, en su caso, de vista del expediente por parte de la entidad

recurrente, y el informe sobre las alegaciones formuladas en el recurso. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 23 de diciembre de 2022.

La vista de expediente solicitada por la recurrente pudo celebrarse en la sede de este Órgano el 11 de enero de 2023. Al respecto, el día 20 de enero de 2023 la entidad recurrente presenta en el registro electrónico del Tribunal escrito de ampliación del recurso inicial, el cual fue remitido para su informe al órgano de contratación, habiéndose recibido en el Tribunal el 25 de enero de 2023, al mismo tiempo que la documentación complementaria solicitada.

La Secretaría del Tribunal confirió un trámite común de alegaciones a los restantes licitadores, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, que ha concluido el pasado 31 de enero, en el que no se han presentado ninguna.

El 23 de diciembre de 2022, este Tribunal mediante Resolución M.C. 154/2022 adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

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.

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

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un acuerdo marco de suministro con un valor estimado superior cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de impugnación el acto de exclusión de la oferta por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados es 1.b) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que: *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión fue publicado el 23 de noviembre de 2022 a través en el perfil de contratante, por lo que aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 16 de diciembre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado.

QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente interpone el recurso contra la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación por incumplimiento del PPT, y solicita a este Tribunal, tanto en el escrito de recurso como en la ampliación al mismo, que *"(i) anule la actuación 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 (ii) subsidiariamente y en todo caso, se conceda plazo de aclaración o subsanación con indicación precisa de las aclaraciones o documentación complementaria a aportar ex art. 95 LCSP."*

La mesa de contratación en el acta de la sesión celebrada el 11 de noviembre de 2022 aprueba el informe de valoración de la comisión técnica sobre los criterios de valoración automáticos que respecto a la oferta de la recurrente hace constar que *"No cumple PPT, se propone para su exclusión:*
No es posible establecer una correcta trazabilidad entre las normativas UNE-EN 455 enviadas, ya que el guante aparece identificado como "Guante tipo azul de nitrilo desechable", no pudiendo relacionarlo con la marca ofertada Epiderm Protect Purple o referencias PNL LD-L/PNL LD-S/PNL LD-M".

Conviene aclarar que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que motiva la exclusión es la acreditación de las siguientes normas armonizadas de requisitos aplicables:

"- UNE-EN 455-1:2020 Guantes médicos para un solo uso. Parte 1: Requisitos y ensayos para determinar la ausencia de agujeros.
- UNE-EN 455-2:2015 Guantes médicos para un solo uso. Parte 2: Requisitos y ensayos para la determinación de las propiedades físicas.
- UNE-EN 455-3:2015 Guantes médicos para un solo uso. Parte 3: Requisitos y ensayos para la evaluación biológica
- UNE-EN 455-4:2010 Guantes médicos para un solo uso. Parte 4: Requisitos y ensayos para la determinación de la vida útil."

La recurrente alega que se le requirió *"Documentación que permita realizar la trazabilidad entre el fabricante que aparece serigrafiado en la muestra ofertada y el fabricante de la Certificado UE de tipo y del módulo C2 de la calidad de la producción",* pero no se le solicitó ninguna aclaración respecto de la trazabilidad del producto ofertado conforme a las normas UNE-En 455, mientras que a otros licitadores sí se les pedía de forma expresa.

Por otra parte, la recurrente alega *"la concurrencia de un error material, patente y manifiesto en el que se ha incurrido a la hora de valorar su oferta.*
Reiteramos que el motivo de exclusión es solo uno: "No es posible establecer una correcta trazabilidad entre las normativas UNE-EN455 enviadas, ya que el guante aparece identificado como "Guante tipo azul de nitrilo desechable", no pudiendo relacionarlo con la marca ofertada Epiderm Protect Purple o referencias PNL LD-L/PNL LD-S/PNL LD-M".

Como cuestión previa a dicho análisis, debe señalarse que el Anexo VI-B aportado en el sobre nº 3 conforme ordenaba los pliegos, contiene un sencillo y a simple vista apreciable error material: la referencia de los productos se estableció como "PNL-LD-L, PNL LD-S, PNL-LD-M", cuando las referencias realmente ofertadas eran "PFN-LD-L, PFN-LD-S, PFN LD- M".

Se trata, como puede observarse, de un mero error material en la identificación de la referencia del producto en uno solo de los documentos de la oferta, siendo que el resto de la oferta en su totalidad se refiere a las referencias correctas "PFN-LD" en sus distintas tallas (L, M y S)."

Asimismo, sostiene que *"según las propias normas UNE aplicables por expresa referencia del PPT, no se exige, para la realización del informe de ensayo y posterior etiquetado que permita esa trazabilidad, que se incluya la denominada "referencia del producto" (esto es, las referencias "PFN-LD-L, PFN-LD-S, PFN-LD-M" a las que se refiere el órgano de contratación en su motivo de exclusión) o la marca comercial, sino que debe identificar al fabricante o distribuidor del producto y el tipo de guante (por su terminología en inglés, el "product description") a estos efectos. Exigencia que tampoco se contiene en ninguna de las normas relativas a productos sanitarios (esto es, en los Reglamentos UE 2016/425, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual, y 2017/745, de 5 de abril de 2017, sobre productos sanitarios)."*

A ello añade que entre los documentos de su oferta aportó 4 documentos que permiten realizar con garantía la trazabilidad del producto, pues en todos se menciona el tipo de guante, el distribuidor o fabricante y dirección, así como la mención *«"Low Dermatitis" (bajo potencial de dermatitis) que no se incluye en ningún otro tipo de guante»*. Estos 4 documentos son:

"-Copia del etiquetado de la caja del producto;
-Certificado Examen UE de tipo emitido por SATRA TECHNOLOGY como organismo notificado;
- Declaración UE de conformidad según el Reglamento sobre productos sanitarios UE 2017/745 y Reglamento sobre EPI UE 2016/425.
- Informe de ensayo del producto."

Por último, señala que *"la exclusión de un licitador debe ser el último ratio o decisión a adoptar por el órgano de contratación, siendo que las causas de la misma deben aplicarse con base en el principio de interpretación restrictiva de las causas de inadmisión y exclusión y en garantía de la concurrencia de licitadores.*

Así, si la documentación aportada en el trámite de evaluación de la documentación de la oferta requiere de alguna subsanación o aclaración, corresponde al órgano de contratación requerir la misma con total precisión. Y si la documentación aportada arroja dudas de cualquier tipo (como parece que es el supuesto que nos ocupa, en el que a pesar de haberse acreditado la trazabilidad del producto a la luz de las normas UNE-EN 455, el órgano de contratación parece no admitir la misma por algún motivo que, como ya hemos visto, se consigna de forma brevísima en el acta que acuerda la exclusión), el órgano de contratación no puede limitarse a excluir al licitador (pues, insistimos, se trata de la decisión última a adoptar), sino que debe solicitar la aclaración que corresponda al respecto (cosa que sí hizo con otros 9 licitadores)."

No obstante, en el escrito de recurso concluye que *"el motivo de exclusión esgrimo por el órgano de contratación no concurre en el supuesto analizado, debiendo dejarse sin efecto el acuerdo de exclusión impugnado y retrotraer las actuaciones a fin de considerar ajustada a los pliegos la oferta de UNIÓN 50, S.L., o, subsidiariamente y en todo caso, se requiera por parte del órgano de contratación para que se realice la aclaración o subsanación que pudiera corresponder."*

Tras acceder al expediente en este Tribunal, la recurrente presenta escrito de ampliación del recurso en el que alega *"que el expediente administrativo remitido por el órgano de contratación a este Tribunal está incompleto señalando que que procede resolver la presente controversia con el material probatorio con el que cuenta ese Tribunal, ya que (en palabras de la resolución 597/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), el órgano de contratación ha declinado remitir a ese Tribunal un informe acerca de la cuestión controvertida, y en el expediente de contratación no existe documento alguno que contradiga la versión del licitador excluido por lo que, teniendo en cuenta que no existe ninguna posibilidad de descartar su afirmación, ésta debe ser estimada íntegramente, considerando de este modo que la exclusión de la licitación fue incorrecta y que el recurrente debió haber sido admitido.".*

Asimismo, en la ampliación del recurso mantiene que *"ese Tribunal podrá apreciar una insuficiente motivación del informe técnico de valoración que condujo a la exclusión de UNIÓN 50, S.L., 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 ha excluido a determinadas empresas, pero de una manera totalmente 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 lado, permitir a ese Tribunal ejercer su control.".*

2. Argumentos del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a lo alegado por la recurrente en su escrito de recurso en los términos que aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede realizar el análisis de las mismas, que se circunscribe a determinar si la oferta de la entidad recurrente incumple el requisito del PPT, por el que ha sido excluida su oferta.

Procede ahora analizar el principal motivo de recurso, y con ello determinar si es procedente la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplimiento del PPT al no ser *"No es posible establecer una correcta trazabilidad entre las normativas UNE-EN 455 enviadas, ya que el guante aparece identificado como "Guante tipo azul de nitrilo desechable", no pudiendo relacionarlo con la marca ofertada Epiderm Protect Purple o referencias PNL LD-L/PNL LD-S/PNL LD-M".*

Pues bien, consultada la documentación obrante en el expediente de contratación remitido a este Tribunal, se comprueba que la documentación acreditativa del cumplimiento de las Normas UNE-EN455 no se mencionan *"la marca ofertada Epiderm Protect Purple o referencias PNL LD-L/PNL LD-S/PNL LD-M".* Tampoco las referencias *"PFN-LD-L, PFN-LD-S, PFNLD-M",* por lo que el error material de la recurrente en la cumplimentación del Anexo VI-B no ha tenido relevancia alguna en el acuerdo de exclusión y por tanto no puede apreciarse el error material, patente y manifiesto en la valoración de su oferta.

Tampoco guarda relación con la causa de exclusión la aportación de los cuatro documentos, antes relacionados, con los que la recurrente afirma garantizar la trazabilidad del producto ofertado, ya que la única documentación por la que la oferta de la recurrente ha sido excluida es la relacionada con la acreditación de las normas UNE-EN 455, y ninguno de estos cuatro documentos son acreditativos del cumplimiento de las mismas.

Así, el informe de la comisión técnica que el órgano de contratación acompaña a su informe al recurso aclara que *"Se comprueba que se puede hacer una trazabilidad entre la identificación de las muestras y de los documentos aportados, véase, la Declaración de Conformidad, el Certificado UE de tipo, el módulo D y del informe deI ensayo para la verificación de ausencia de residuos de aceleradores químicos de la producción, ya que en todos ellos se hace alusión a la referencia del fabricante o del distribuidor o a la marca, pero no es posible concluir a través de identificación de ta muestra de los ensayos de tas Normas UNE EN 455I,2,3 y UNE EN 455 4 que han sido realizados sobre el mismo tipo de guante, y no sobre otro tipo de guante, también fabricado por Kossan lnternationat Sdn. Bhd., solcitante de los mismos."*

Esta garantía de que los ensayos se han realizado sobre el mismo guante que se va a suministrar es la que hace necesario que en la documentación acreditativa del cumplimiento de las normas UNE-EN 455 quede el producto debidamente identificado. El citado informe de la comisión técnica afirma que *"Como bien dice la norma aportada, el informe debe incluir el tipo de guantes y et código del lote de fabricación, o la identificación completa del material ensayado, es decir, la información suficiente para evitar cualquier tipo de confusión relacionada con la calidad de los guantes, más aún tratándose de un producto sanitario."*

Por ello se han de desestimar las alegaciones de la recurrente sobre la no exigencia según las normas UNE de la inclusión de la referencia o marca del producto.

En su escrito de ampliación del recurso la recurrente afirma que no es posible descartar sus afirmaciones al no disponer este Tribunal del expediente completo y porque el órgano de contratación ha declinado remitir un informe sobre las cuestiones controvertidas. No obstante, consta en este Tribunal que el órgano de contratación remitió el expediente de la licitación y el informe al recurso el 23 de diciembre de 2022, al que se ha hecho referencia en esta resolución.

Por otra parte, este Tribunal requirió al órgano de contratación *"Las ofertas presentadas por todas la entidades licitadoras (ambos sobres), incluyendo la documentación presentada, en su caso, con motivo de las solicitudes de subsanación o aclaración realizadas durante el procedimiento de licitación",* que fueron recibidas el 25 de enero de 2023 necesarias para resolver el presente recurso así como los recursos 521/22 y 6/2023 contra actos de la misma licitación, si bien la resolución del presente recurso no necesita del conocimiento de las ofertas presentadas por el resto de licitadoras.

En cuanto a la alegada falta de motivación del informe de la comisión técnica, expuestas las extensas alegaciones de la recurrente, se demuestra que el contenido de dicho informe no le ha impedido fundamentar su recurso y que por tanto no ha sufrido indefensión alguna.

Respecto de la invocada alegación de falta de motivación este Tribunal viene sosteniendo (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo) que: "*la ausencia o insuficiencia de motivación en la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado; si no es así, es decir, si la infracción formal del deber de motivación previsto en el artículo 151 de la LCSP no ha impedido a la recurrente la interposición de un recurso fundado, no cabe alegar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación, ni podría prosperar la pretensión de nulidad de la resolución de adjudicación basada en aquella circunstancia. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un*

carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa".

Los argumentos expuestos, aun referidos a la motivación de la adjudicación, resultan igualmente aplicables a la motivación de la exclusión como sucede en el presente supuesto.

Deben desestimarse todos los motivos de recurso analizados y con ellos la pretensión principal de la recurrente para que "*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".*.

No obstante, subsidiariamente la recurrente solicita que *se le conceda plazo de aclaración o subsanación con indicación precisa de las aclaraciones o documentación complementaria a aportar ex art. 95 LCSP.*

Al respecto, siendo la exclusión de la oferta la opción más gravosa para las licitadoras y en aras de una mayor concurrencia, debe adoptarse con total garantía y en el supuesto que nos ocupa con la seguridad de que el incumplimiento del PPT es claro y expreso pues, como ha declarado este Tribunal (por todas, Resolución 238/2018, de 8 de agosto), *"solo procede la exclusión de la proposición presentada cuando el incumplimiento sea claro, expreso y deducible de la oferta, de modo que no quepa duda alguna que la misma es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones contenidas en el pliego técnico".*

La recurrente, si bien por acuerdo de la mesa de contratación celebrada el 14 de octubre la recurrente fue requerida para aportar la documentación que permita realizar la trazabilidad entre el fabricante que aparece serigrafiado en la muestra ofertada y el fabricante de la Certificado UE de tipo y del módulo C2 de la calidad de la producción, no fue requerida en ningún momento para acreditar *"la trazabilidad entre las normativas UNE-EN455 enviadas, ya que el guante aparece identificado como "Guante tipo azul de nitrilo desechable", no pudiendo relacionarlo con la marca ofertada Epiderm Protect Purple o referencias PNL LD-L/PNL LD-S/PNL LD-M".*

Por ello se considera que, antes de proceder a la exclusión debió habérsele solicitado aclaración para que acreditara la trazabilidad que ha motivado la exclusión de su oferta, por los motivos antes expuestos y porque otras licitadoras fueron requeridas para ello.

Así, en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 14 de octubre se solicitaron a diferentes licitadoras aclaraciones como las siguientes:

- La documentación que permita realizar la trazabilidad entre el fabricante que aparece serigrafiado en la muestra ofertada y el fabricante de la Certificado UE de tipo y del módulo C2 de la calidad de la producción.
- Documentación que permita hacer una trazabilidad entre el Certificado UE de tipo y la referencia impresa en la muestra presentada.
- Documentación que permita establecer la trazabilidad entre la documentación aportada y la referencia impresa en la muestra presentada.…
- la documentación que permita establecer la trazabilidad entre la documentación (Certificado UE de tipo y módulo C2 de la calidad de la producción).

Por todo ello, en cumplimiento de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia recogidos en el artículo 132 de la LCSP, este Tribunal considera que debe estimarse la pretensión subsidiaria del recurso interpuesto anulando la exclusión de la oferta de la recurrente y retrotrayendo el procedimiento para que se le

solicite documentación que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada para certificar que los guantes a suministrar cumplen las normas UNE-EN 455.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. 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, nº 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.

SEGUNDO. Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 154/2022 de 23 de diciembre.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes 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.