TARCYL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN

RECURSO 141/2023
RESOLUCIÓN 156/2023

Resolución 156/2023, de 23 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Mölnlycke Health Care, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 1 de septiembre de 2023 , que acuerda su exclusión del lote 4 , "Par de guantes de cirugía, de policloropreno o neopreno, sin polvo, estériles", en el procedimiento de adjudicación mediante Acuerdo marco con varios adjudicatarios para la contratación del suministro de guantes de uso sanitario, con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, Expte.: 043/2023 - Sat 202001318.

I
ANTECEDENTES

Primero.- Mediante Resolución de 15 de noviembre de 2022, del Director Económico Presupuestario y Financiero de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se aprobaron el expediente de contratación y los pliegos y se acordó la apertura del procedimiento de adjudicación mediante Acuerdo marco con varios adjudicatarios para la contratación del suministro de guantes de uso sanitario con destino a Centros Sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, expte.: 043/2023 - Sat 202001318. El contrato se divide en 14 lotes y tiene un valor estimado de 14.312.073,6 euros.

Segundo.- El 18 de noviembre de 2023 se publicó el anuncio de licitación y los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector público.

Tercero.- Los días 22 y 30 de diciembre de 2022 se procede a la apertura y calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores. Entre estos licitadores, se encuentra la mercantil Mölnlycke Health Care, S.L.

Cuarto.- El 23 de enero de 2023, la Mesa procede a la apertura de la documentación presentada por los licitadores relativa a los criterios evaluables automáticamente y acuerda la remisión de la documentación técnica al Servicio de Compras Sanitarias para que proceda a informar sobre el

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

cumplimiento de las ofertas de los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Quinto.- El 15 de mayo de 2023, la Mesa de contratación se reúne y acuerda solicitar aclaraciones de la documentación técnica a determinados licitadores.

Sexto.- El 1 septiembre de 2023, la Mesa, previa comprobación del informe del Servicio de Compras Sanitarias acerca del cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas en los pliegos, acuerda la exclusión de las empresas por incumplimiento de condiciones técnicas exigidas en los pliegos para cada lote. En concreto, se acuerda la exclusión de Mölnlycke Health Care, S.L., al presentar tres certificaciones con arreglo a la norma ASTM D6978 anteriores a 2018 en contra de lo exigido por el PCAP. La exclusión se notifica el 27 de septiembre a la licitadora.

Séptimo.- El 19 de octubre de 2023, Dña. yyy en nombre y representación de Mölnlycke Health Care, S.L., interpone ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación frente al Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 1 de septiembre de 2023, que acuerda su exclusión. En su escrito de recurso, solicita como medida cautelar que se suspenda el procedimiento de adjudicación hasta la resolución del recurso.

Octavo.- Incorporado el recurso al registro de expedientes del Tribunal, se le asigna el número de referencia 141/2023 y se requiere al órgano de contratación para que remita el expediente, el informe preceptivo y relación de licitadores, así como para que informe acerca de si el contrato está financiado con fondos Next Generation UE o si directa o indirectamente se encuentra afectado por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Noveno.- Mediante Acuerdo 56 /2023, de 17 de noviembre, de este Tribunal se estima la solicitud de suspensión únicamente en cuanto al lote 4.

Décimo.- Recibida la documentación e informes solicitados, se otorga trámite de audiencia a los licitadores. La mercantil Medline International Iberia, S.L.U. presenta alegaciones negando la incertidumbre denunciada por la recurrente y oponiéndose al recurso.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

II
FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El procedimiento del recurso especial se ha tramitado conforme a lo previsto en el capítulo V, título I, libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 1 de septiembre de 2023, notificado el 27 de septiembre siguiente, por el que se acuerda la exclusión de Mölnlycke Health Care, S.L. en el lote 4 "Guantes de cirugía, de policloropreno o neopreno, sin polvo, estériles", en el expediente de contratación mediante Acuerdo marco con varios adjudicatarios para la contratación del suministro de guantes de uso sanitario, con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, expte.: 043/2023 - Sat 202001318.

El valor estimado del contrato es de 14.312.073,60 euros.

Se cumple, por tanto, con las exigencias del artículo 44 de la LCSP, apartados 1.a) y b) y 2.b).

El recurso especial se ha presentado dentro del plazo legalmente previsto con arreglo al artículo 50.1.b) de la LCSP.

Se acredita en el expediente la legitimación del recurrente para interponer el recurso especial así como la representación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

3º.- La cuestión sustantiva objeto del recurso especial planteado consiste en determinar si la exclusión acordada resulta o no ajustada a Derecho.

La mercantil recurrente sostiene que la excusión se produjo por presentar unas certificaciones con arreglo a la norma ASTM D6978-05 anteriores a 2018, en contra de lo determinado en la cláusula 16.1 del PCAP.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Entiende que la previsión del PCAP de no considerar válidas las certificaciones anteriores a 2018 es arbitraria e injustificada, y no está alineada con la norma ASTM D6978-5, ya que esta certificación acompaña a la vida del producto, de forma que mientras el producto no varíe, lo certificado se mantiene vigente.

Indica que los guantes permanecen sin alteraciones sustanciales desde la fecha de su prueba y aprobación y que ello implica que su idoneidad para cumplir con los estándares de la norma ASTM D6978 no ha cambiado. Añade que no ha habido intervenciones en el proceso de producción o en la materia prima que puedan afectar negativamente el rendimiento de los guantes en términos de resistencia a la permeación de medicamentos de quimioterapia, tal como específica la norma. Esta estabilidad, respaldada por la continuidad en las características del producto, sustenta la argumentación de que no es necesario y menos aún, obligatorio, llevar a cabo un nuevo testeo.

Alega que se ha producido un error en la valoración de su oferta como consecuencia de la falta de claridad o confusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en relación con los requisitos de los certificados.

Continúa señalando que no presentó recurso frente a los pliegos, ya que la condición mencionada (ser posteriores a 2018) no aplicaría para el caso de la norma ASTM D6978-05, y que es una vez notificada su exclusión, cuando han podido verificar que el motivo de la exclusión se basa en una interpretación omnicomprensiva de un requisito del PCAP que a su juicio no aplica para todos los casos y que, además, carece de justificación técnica.

Concluye indicando que la "interpretación errónea de las condiciones para evaluar las certificaciones ha llevado a una decisión que no refleja de manera precisa la capacidad de mi representada para cumplir con los términos del contrato".

Solicita que se anule el Acuerdo de exclusión y se acuerde la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas para que su oferta sea valorada junto con las demás.

El órgano de contratación en su informe indica que el PPT establece en la página 6, las siguientes características mínimas, entre otras, respecto al Lote "4. Par de guantes de cirugía, de policloropreno o neopreno, sin polvo, estériles":

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

- "Resistencia a la penetración de medicamentos de quimioterapia. Se exige al menos que el guante esté testado con 9 medicamentos de quimioterapia (7 de la lista de la Tabla 1 de la Norma ASTM D6978-05, más 2 elegidos de la lista de la Tabla 2 de la misma Norma).
- Normativa de aplicación: o ASTM D6978-05"

Añade además que, en las páginas 50, 51 y 52 del PCAP, en el punto "16.1 LICITADORES," dentro del punto "16: - CONDICIONES ESPECÍFICAS DEL PROCEDIMIENTO Y DEL ACUERDO MARCO", se establece la documentación obligatoria que se incluirá de forma individualizada en cada lote, y se incluye un cuadro resumen de la documentación técnica a aportar. En este punto, el informe destaca que "Respecto a la acreditación de los ensayos (en plural, hace referencia a TODOS los certificados de ensayo solicitados para cada una de las normas que tiene que cumplir el producto, no hace referencia únicamente a la certificación del ensayo de la norma EN 16523-1:2016 + A1: 2018 como quiere hacer ver la recurrente) se especifica claramente: - Deberán tener fecha desde el 1 de enero de 2018 o posterior, hasta la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas de la licitación."

Defiende que tanto el PPT como el PCAP son claros respecto al cumplimiento de características técnicas específicas del lote 4, normativa que debe cumplir el producto, así como de las condiciones de acreditación de los ensayos, necesarias para realizar la valoración de las características exigidas en los pliegos.

Considera que la recurrente está reconociendo expresamente que los certificados de ensayo aportados a la licitación no cumplen las características exigidas en los pliegos en cuanto a la fecha, y que interpretar el pliego en el sentido que lo hace la recurrente, supondría infringir el principio de igualdad entre los licitadores y en particular en relación a otras empresas licitadoras, que sí han presentado certificados de ensayo de la norma ASTM D6978-05 fecha desde el 1 de enero de 2018 o posterior.

No admite la afirmación de que los guantes permanecen sin alteraciones sustanciales desde la fecha de su prueba. La declaración de la empresa de que no ha habido intervenciones en el proceso de producción o en la materia prima que puedan afectar negativamente el rendimiento de los guantes en términos de resistencia a la permeación de medicamentos de quimioterapia no garantiza que desde 2017 (fecha de emisión del último certificado de ensayo) hasta la actualidad, haya podido tener un cambio en la manufactura o en su sistema

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

de producción que afecte al producto, no garantiza que el producto cumpla lo que afirma.

Niega que la introducción de una limitación temporal respecto a los certificados sea arbitraria ya que es el único medio que tiene la Administración para asegurarse de que los guantes fabricados bajo la misma referencia que los que fueron sometidos a ensayos permanezcan a lo largo del tiempo sin alteraciones sustanciales. De esta forma se obliga a los fabricantes o suministradores a realizar nuevas pruebas de una forma periódica, y todo ello con independencia de la norma bajo la que se soliciten los ensayos.

Afirma el carácter de *lex contractus* de los pliegos y defiende la inexistencia de contradicciones en su redacción ya que no existe duda alguna en cuanto a que el límite de antigüedad se aplica a todos los certificados de ensayo solicitados. Defiende que si la recurrente no estaba de acuerdo debió haber interpuesto recurso contra los pliegos pues el licitador que, teniendo la oportunidad de impugnar los pliegos no lo hizo en tiempo y forma, no puede alegar contra los actos posteriores en la licitación la hipotética ilegalidad de los pliegos.

La licitadora Medline International Iberia. S.L.U, presenta alegaciones en las que niega cualquier incertidumbre de los pliegos respecto la exigencia de los límites en relación con la fecha de emisión de los certificados, ya que estos límites eran aplicables a para todos los certificados.

4º.- Expuestas las posiciones de la recurrente y de la Administración, procede a continuación analizar si la exclusión fue ajustada a Derecho.

En este punto, conviene recordar que los pliegos y el condicionado que elabora la Administración y que acepta expresamente el licitador con la presentación de su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

El PCAP, en su página 15, cláusula 3.1.1.2, rubricada "apertura de las proposiciones", determina en su último párrafo que "Asimismo, la Mesa de contratación solicitará informe técnico para la verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Las proposiciones que no cumplan estos requisitos mínimos serán excluidas del procedimiento de adjudicación."

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Por su parte, el PPT, en su cláusula nº 5 habla de características técnicas específicas, y en particular, para el lote nº 4, página nº 6 del PPT, exige, entre otras "Resistencia a la penetración de medicamentos de quimioterapia. Se exige al menos que el guante esté testado con 9 medicamentos de quimioterapia (7 de la lista de la Tabla 1 de la Norma ASTM D6978-05, más 2 elegidos de la lista de la Tabla 2 de la misma Norma).

El apartado 16 del Cuadro de características determina en su apartado 1, referido a los licitadores, lo siguiente: "Con objeto de facilitar la revisión de las propuestas técnicas y agilizar el proceso de comprobación del cumplimiento de las características exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, la documentación se presentará organizada y clasificada en carpetas independientes nombradas con el número de lote: "Lote 1", "Lote 2", etc.…

»Dentro de cada una de esas carpetas se incluirá la siguiente documentación de forma individualizada en cada lote: (…)"

En particular, en este apartado 16.1 del Cuadro, para el lote 4 se exige, entre otros, "Certificado de ensayo de la "resistencia a la penetración de medicamentos de quimioterapia", según la Norma ASTM D6978-05 o equivalente.

En relación con los certificados de ensayos, en el mismo apartado del Cuadro se dispone, en cuanto a la acreditación de los ensayos, que: "Deberán tener fecha desde el 1 de enero de 2018 o posterior, hasta la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas de la licitación" (páginas 50 y 51 del PCAP).

De las cláusulas transcritas, en concreto, del apartado 16.1 del Cuadro de características resulta que la forma de comprobación del cumplimiento fehaciente de las características exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, es mediante la presentación de los certificados requeridos.

Resulta, por tanto, que los pliegos preveían de forma expresa la exclusión del procedimiento de adjudicación de aquellas proposiciones que no cumplieran con los requisitos mínimos exigidos en el PPT. En este punto, y para el lote 4, la cláusula 5 del PPT establecía la posesión de certificado de ensayo de la "resistencia a la penetración de medicamentos de quimioterapia", según la Norma ASTM D6978-05 o equivalente y el aparatado 16.1 del Cuadro de características disponía que estos certificados de ensayos debían tener fecha desde el 1 de enero de 2018 o posterior, hasta la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas.

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

Respecto a la alegación de la recurrente de la oscuridad de los pliegos que haya podido llevar a confusión, ha de indicarse que, tal y como ha puesto de manifiesto la licitador Medline en sus alegaciones, y ha podido constatarse, con anterioridad a la presentación de las ofertas, la cuestión referida a la antigüedad de los certificados fue ya planteada por los licitadores a través de la plataforma de contratación del sector público y el órgano de contratación confirmó el criterio contenido en los pliegos hasta en dos ocasiones.

En efecto , el 30 de noviembre de 2022 a las 13.18 horas se planteó la cuestión y la respuesta fue "En los Pliegos se indica que los guantes de uso sanitario deben cumplir la siguiente Normativa: R.D. 1591/2009, de 16 de octubre, Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo del 5 de abril de 2017, R.D. 1407/1992, de 20 de noviembre y Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, pero no se exige fecha distinta a la que la Normativa indica.

»Sin embargo, para la constatación de las cualidades de los guantes, se solicitan certificados de ensayos realizados por Laboratorios acreditados (páginas 50, 52 y 83 del PCAP) y deberán tener fecha desde el 1 de enero de 2018 o posterior, hasta la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas de la licitación".

El 9 de diciembre se vuelve a plantear la cuestión, siendo de nuevo la respuesta del órgano de contratación que "Tal y como se ha respondido anteriormente (…) para la constatación de las cualidades exigidas para los guantes objeto de este expediente, se solicitan certificados de ensayos realizados por Laboratorios acreditados (páginas 50, 52 y 83 del PCAP) y deberán tener fecha desde el 1 de enero de 2018 o posterior, hasta la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas de la licitación".

Por tanto, en el supuesto examinado, la mercantil recurrente pudo haber impugnado los pliegos, si como ahora sostiene se trata de un criterio arbitrario, y carente de justificación técnica pues ostentaba la información precisa para formular recurso. Sin embargo, aceptó los pliegos con la presentación de su proposición y únicamente ha plateado el recurso cuando ha sido excluida tras la aplicación de sus previsiones, y es que como ha podido comprobarse los criterios de admisión de los certificados eran claros y conocidos por todos los licitadores, sin que pueda admitirse en su redacción oscuridad o inconcreción que motivase la imposibilidad de mostrar su disconformidad en plazo, por lo que debe aplicarse la regla general de

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

inatacabilidad de los pliegos consentidos (por todas resoluciones de este Tribunal (en el mismo sentido, entre otras muchas, se pronuncia las Resoluciones de este Tribunal 178/2021; 18/2022; 69/2022; 159/2022; 199/2022).

Por tanto, tal y como se ha indicado, considerando que los pliegos preveían de forma expresa la exclusión del procedimiento de adjudicación de aquellas proposiciones que no cumplieran con los requisitos mínimos exigidos en el PPT, y que para el lote 4, la cláusula 5 del PPT establecía la necesidad de presentar certificado de ensayo de la "resistencia a la penetración de medicamentos de quimioterapia", según la Norma ASTM D6978-05 o equivalente que , por exigencia del 16.1 del Cuadro de características , debían tener fecha desde el 1 de enero de 2018 o posterior, hasta la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas, la proposición presentada por la recurrente no cumplía con los requisitos mínimos exigidos.

Cabe concluir por tanto, que la exclusión de la ahora recurrente fue ajustada a Derecho y en consecuencia, el recurso debe desestimarse.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III
RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Mölnlycke Health Care S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 1 de septiembre de 2023 , que acuerda su exclusión del lote 4 , " Guantes de cirugía, de policloropreno o neopreno, sin polvo, estériles", en el procedimiento de adjudicación mediante Acuerdo marco con varios adjudicatarios para la contratación del suministro de guantes de uso sanitario, con destino a centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, expte.: 043/2023 - Sat 202001318.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA),

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es

contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).

Plaza de la Catedral, 5. 49001 ZAMORA. Tel.:980 55 98 00. tribunalcontratoscyl@cccyl.es