



Recurso nº 115/2016 C.A. Cantabria 4/2016

Resolución nº 219/2016

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

En Madrid, a 01 de abril de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. R. I. B. en representación de BECTON DICKINSON, SAU contra la resolución adoptada por el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 28 de enero de 2016, por la que se acuerda la adjudicación del Lote 6 del “Acuerdo Marco para la selección de suministradores de jeringas y agujas desechables” convocado por el mismo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha que no consta, por parte de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria se aprobó el Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares que han de regir el Acuerdo Marco de suministro de jeringas y agujas desechables, mediante procedimiento abierto. El 30 de marzo de 2015 se aprobó el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Segundo. El 22 de julio de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea. El 30 de julio de 2015 se publicó el anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Estado, habiendo tenido lugar el 27 anterior la publicación en el Boletín Oficial de Cantabria.

Tercero. El 16 de septiembre de 2015 se presentaron las ofertas por parte de la adjudicataria SMITHS MEDICAL ESPAÑA, SRL, y por la recurrente BECTON DICKINSON, SAU. El 30 de noviembre de 2015 se emitió informe técnico sobre las ofertas presentadas por el recurrente y el adjudicatario. El 28 de enero de 2016, sobre la base del informe técnico anterior, se adjudicó el Lote 6 a favor de SMITHS MEDICAL ESPAÑA, SRL.

Cuarto. El 19 de febrero de 2016 se interpuso por parte de BECTON DICKINSON, SAU recurso especial en materia de contratación asignado con el número 115/16. Se ha aportado por el órgano de contratación informe en relación con las cuestiones planteadas en el recurso.

Quinto. Con fecha 24 de febrero de 2016 se dio traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes. Se ha presentado escrito de alegaciones por parte de la adjudicataria SMITHS MEDICAL ESPAÑA, SRL.

Sexto. El 25 de febrero de 2016 se adoptó por la Secretaria de este Tribunal, la medida de suspensión del expediente de contratación, en virtud de delegación otorgada por este Tribunal en Acuerdo de 21 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el artículo 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 en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. La legitimación activa de las partes recurrentes se fundamenta por las mismas en el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario.

Tercero. Se impugna por parte de BECTON DICKINSON, SAU la resolución por la que se acuerda la adjudicación del Lote 6 del Acuerdo Marco para la selección de suministradores de jeringas y agujas desechables.

El acto impugnado es por tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Quinto. La recurrente funda el recurso en el incumplimiento por parte del órgano de contratación del Pliego de Prescripciones Técnicas al resolver la adjudicación del contrato a favor de la sociedad SMITHS MEDICAL ESPAÑA, SRL. En particular se refiere a la ausencia de un tapón como tal en las jeringas que oferta la adjudicataria, señalando que lo que contienen sus jeringas es un filtro que expulsa de forma segura las burbujas de aire, y poniendo de manifiesto la mejor calidad y eficacia de los tapones que ofertaba la recurrente. Por otro lado, invoca que las jeringas que ofertaba la adjudicataria no contienen una cantidad de heparina de litio que alcance los estándares fijados por la CLSI. Por ello, entiende que la oferta del adjudicatario contenía serias carencias en cuanto a seguridad, debida a la sustitución del tapón por un mero filtro. Sobre este motivo de impugnación pivotan los restantes, que se refieren a la consideración de los pliegos como ley del contrato, vulneración de los principios informadores que deben regir la contratación (sobre la base del obligado cumplimiento de los pliegos). Añade, por último, una contestación a eventuales motivos que puedan ser invocados por este Tribunal, especialmente en lo que se refiere al respeto a la discrecionalidad técnica de los grupos técnicos que asesoran al órgano de contratación en las valoraciones de los aspectos técnicos de las ofertas presentadas por los licitadores. Sobre la base de todo ello, sostiene en definitiva la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación por haberse dictado la adjudicación prescindiendo total o absolutamente del procedimiento establecido.

Sexto. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que *«esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el*

pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”». Por otro lado, tiene declarado este Tribunal que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye «auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación». Como se señala en la Resolución 410/2014, de 23 de mayo «siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012). En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la resolución 253/2011 “a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que

rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato”. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas».

Según el punto Lote 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas «Jeringas para gasometría» éstas deberán cumplir una serie de requisitos. Así, se exige “sistema constituido por: un cuerpo de polipropileno con escala medidora de lectura nítida e imborrable, ligeramente siliconado en su interior; en el extremo distal cono Luer-lock concéntrico; émbolo de polipropileno, formado por un vástago y la junta de estanqueidad con caucho o similar; Heparinizada con heparina Litio, líquida o liofilizada; con aguja incorporada y tapón luer”.

Pues bien, expuesta esta doctrina, y con carácter previo, debe examinarse qué prescriben los Pliegos al definir el contrato a fin de concluir si existe o no vulneración de los mismos. Entiende la recurrente que en la oferta presentada por la adjudicataria la jeringa no contiene un tapón como tal, señalando que de lo que constan es de un filtro que expulsa de forma segura las burbujas de aire, y pone de manifiesto la mejor calidad y

eficacia de los tapones que ofertaba la recurrente. El órgano de contratación, en el informe que ha presentado ante este Tribunal, señala que sí contiene tapón como tal; de igual modo que lo hace el escrito de alegaciones presentado por la adjudicataria. Examinada por este Tribunal la documentación aportada con la oferta por la adjudicataria y el informe técnico elaborado por el grupo auxiliar al órgano de contratación, se puede apreciar que la oferta se refiere a un tapón propiamente dicho. En el catálogo que se ha presentado por la adjudicataria consta que la jeringa está compuesta por un “dispositivo para eliminar burbujas de aire y tapón Portex Filter-Pro”. Pues bien, de acuerdo con este catálogo y la valoración efectuada por el órgano técnico que asiste a la Mesa de contratación, puede concluirse que se respetan plenamente las prescripciones técnicas del Pliego, por lo que no se aprecia vulneración alguna en este aspecto.

Séptimo. A este respecto, debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal en relación con la discrecionalidad técnica del órgano de contratación. Así, la Resolución 739/2015, de 30 de julio, se pone de manifiesto que *“en la reciente Resolución nº 563/2015 de 19 de junio se dijo: “Con relación a esta cuestión, este Tribunal ya en sus primeras resoluciones nº 269/2011, de 10 de noviembre y 280/2011, de 16 de noviembre señaló: “En fin, en cuanto a irregularidad de la valoración técnica, como ha señalado anteriormente este Tribunal, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.”*

También puede traerse a colación la más reciente resolución 456/2015 en que se exponía: “Este Tribunal ha señalado reiteradamente que los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren, en todo caso, a

cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible predecir de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico. Por ello, hemos declarado reiteradamente la plena aplicación a tales casos de la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. En relación con los informes técnicos en que se funda la evaluación de dichos criterios dependientes de un juicio de valor, este Tribunal ha sentado la doctrina de que los mismos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. Así, en nuestra Resolución nº 52/2015 decíamos que en esta tesitura, como ya ha señalado este Tribunal en su Resolución nº 177/2014 de fecha 28 de febrero de 2014 «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, y a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación”.

Pues bien, en el presente supuesto, el catálogo se refiere al tapón y filtro que compone la jeringa y acompaña unas instrucciones de uso en las que queda patente la funcionalidad del elemento en cuestión. Además, el órgano técnico ha podido comprobar la funcionalidad de la jeringa y verificar los elementos que la integran, insistiendo el órgano de contratación, en el informe que ha presentado ante este Tribunal, en que figuran todos los elementos exigidos por el Pliego para las jeringas.

Octavo. Por otro lado, las referencias a no cumplir los estándares fijados por la CSLI en relación con la Heparina de litio, debe partirse del hecho que el Pliego de Prescripciones Técnicas únicamente exige que las jeringas estén heparinizadas con Heparina de Litio, líquida o liofilizada. No se señalan umbrales mínimos ni máximos, por lo que tales referencias son orientativas y su ajuste o no a los mismos por parte de los licitadores no implica vulneración alguna de los Pliegos, siendo el órgano de contratación quien debe valorar las ofertas teniendo en consideración los requisitos fijados en el mismo.

Noveno. Por último, se refiere al dictado de la resolución prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido y de la vulneración de los principios que rigen la contratación; todo ello, con fundamento en la pretendida infracción del Pliego de Prescripciones Técnicas por haber valorado una oferta que aportaba jeringas sin el correspondiente tapón que exigían los Pliegos. Los dos motivos, atendido que se ha desestimado el motivo principal, deben correr la misma suerte.

Décimo. Por último, el órgano de contratación en su informe, y con aportación de una resolución anterior dictada por el Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón de 12 de junio de 2015, solicita la imposición de una multa por interponer el recurso de forma temeraria o con mala fe. Ciertamente, la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría la imposición de la multa, si bien debe tenerse en cuenta que la misma debe ser palmaria, de tal suerte que no pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho. En efecto, la mala fe debe ser probada por quien la invoca y atendido el carácter netamente

sancionador de la multa, deben aplicarse los principios de presunción de inocencia (haber interpuesto el recurso con buena fe) e *in dubio pro reo* (ante la duda, entender que la actuación venía presidida por la buena fe). Por ello, aunque ciertamente, los motivos del recurso no pueden de ninguna de las maneras obtener favorable acogida por este Tribunal, lo cierto es que se refieren a una interpretación de la definición del objeto del contrato, errónea e imputable únicamente a la propia recurrente, pues la oferta de la recurrente incluye jeringas con tapón, en los términos exigidos por el Pliego. Por todo ello, no se aprecian motivos para la imposición de la multa solicitada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R. I. B. en representación de BECTON DICKINSON, SAU contra la resolución adoptada por el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud de fecha 28 de enero de 2016, por la que se acuerda la adjudicación del Lote 6 del “*Acuerdo Marco para la selección de suministradores de jeringas y agujas desechables*” convocado por el mismo.

Segundo. Levantar la medida cautelar de suspensión acordada por lo que se refiere al Lote 6, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.