



**Recurso nº 262/2017 C.A. Región de Murcia 28/2017**

**Resolución nº 465/2017**

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

En Madrid, a 1 de Junio de 2017

**VISTO** el recurso interpuesto por D. S.R.B., en representación de BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L., contra la resolución de adjudicación de 31 de enero de 2017, del procedimiento para el *“Suministro de materiales y accesorios para infusión por gravedad. Expte.: CS/9999/1100672958/16/ACPA”*, en relación con los lotes 10 y 20, convocado por el Servicio Murciano de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Servicio Murciano de Salud convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 8 de abril de 2016 y en el Boletín Oficial del Estado de 18 de abril de 2016, la licitación del contrato de suministro de materiales y accesorios para infusión por gravedad.

El valor estimado del contrato ascendía a 3.911.476,00 euros y se encontraba dividido en veintiséis lotes.

**Segundo.** La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Por Resolución del Presidente de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud, de 31 de enero de 2017, se acordó la adjudicación del contrato, en concreto, 23 lotes del



mismo, declarándose desierta la de tres, por falta de ofertas (lote 13) y por no alcanzar el umbral técnico mínimo ninguna de las ofertas presentadas (lotes 6 y 7).

Como se ha anteriormente expuesto, el recurso se interpone frente a la adjudicación de los lotes 10 y 20, adjudicados respectivamente a NACATUR 2 ESPAÑA, S.L. (NACATUR, en lo sucesivo) y a IZASA HOSPITAL, S.L.U. (IZASA, en lo sucesivo).

En el escrito del recurrente impugnando esta adjudicación, de fecha 21 de febrero de 2017, se solicita literalmente que se “deniegue la aprobación de las adjudicaciones producidas en el expediente de referencia respecto a los lotes 10 y 20, ya que queda acreditado que los sistemas de infusión contienen FTALATOS, y por lo tanto incumpliendo las condiciones previas del concurso”.

**Tercero.** De conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe.

**Cuarto.** Al amparo del artículo 46.3 del mismo texto legal, en fecha 27 de marzo de 2017 se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas la empresa adjudicataria del lote 10, NACATUR, por escrito de fecha 31 de marzo de 2017, y también IZASA, adjudicataria del lote 20, por escrito de fecha 3 de abril de 2017.

**Quinto.** En fecha 11 de abril de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión automática del expediente de contratación en relación con los lotes 10 y 20, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

## 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 TRLCSP, y en el Convenio



de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 5 de noviembre de 2012.

**Segundo.** La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, no procediendo, por tanto, ser estimada la alegación de ser el recurso extemporáneo formulada por el órgano de contratación. La resolución de exclusión recurrida, de fecha 31 de enero de 2017, fue notificada al recurrente, tal y como reconoce el órgano de contratación, el día 2 de febrero de 2017, de modo tal que contabilizados quince días hábiles, entre los cuales no se encuentran los sábados, es posible concluir que el recurso presentado el 21 de febrero de 2017 fue presentado dentro de plazo.

En relación con la alegación de extemporaneidad formulada por el órgano de contratación, éste, en su informe considera que al haberse iniciado el procedimiento de licitación antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), han de incluirse en el cómputo del plazo los sábados, tal y como resultaba de la anteriormente vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Esto no obstante, este Tribunal no comparte esta postura, que desconoce la existencia y eficacia del calendario oficial aprobado por la Comunidad Autónoma. En efecto, la Resolución de 11 de enero de 2017 de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Región de Murcia (BORM 14 de enero), que aprueba, conforme a las previsiones del artículo 30.7 LPAC, el calendario de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos para el año 2017, establece en su apartado segundo que son tales, entre otros, los sábados, sin hacer ninguna salvedad ni distinción respecto de los procedimientos que se hubieran iniciado con anterioridad al 2 de octubre de 2016. Tampoco lo había hecho la anterior Resolución del expresado Centro Directivo de 11 de octubre de 2016 (BORM 20 de octubre de 2016).



Así las cosas, teniendo en cuenta el calendario aprobado por la Comunidad Autónoma, es claro que la condición de inhábiles de los sábados se predica con independencia de la fecha de incoación del procedimiento respectivo.

Además se debe tener en cuenta que el procedimiento del presente recurso es diferente e independiente del procedimiento contractual inicial, por lo que le resulta plenamente aplicable lo dispuesto por la LPAC. Decae, en consecuencia, el óbice de inadmisibilidad opuesto por el órgano de contratación.

**Tercero.** El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, y por tanto susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1 y 2, del TRLCSP.

**Cuarto.** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

**Quinto.** En cuanto al fondo del asunto se refiere, el recurrente formula como principal y única alegación la relativa a que los productos ofertados por las dos adjudicatarias incumplen las exigencias técnicas contenidas en los pliegos, por contener los productos correspondientes a los lotes 10 y 20, FTALATOS, en un 32,02% los de NACATUR, y en un 20% los de IZASA.

A este respecto, y en apoyo de esta pretensión señala el recurrente que encargó un estudio a un laboratorio pericial, al Instituto Tecnológico del Plástico (AIMPLAS), siendo el resultado del mismo el que se acaba de exponer.

Continúa argumentando que se ha demostrado en numerosos estudios, que, los FTALATOS son productos cancerígenos, siendo su uso frecuente y regular peligroso para la salud, aportando también a este respecto un informe de la Fundación Vivir Sano, de marzo de 2016, así como un email de fecha 20 de enero de 2017 de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios que así lo corroborarían.



**Sexto.** Analizado por este Tribunal el Pliego de Prescripciones Técnicas, se comprueba que en el mismo, en el apartado “Requisitos para todos los materiales”, se dispone que “todos los materiales estarán exentos de FTALATOS”, de modo tal que, siendo incuestionablemente cierto que es preciso que así ocurra en relación con los materiales que se ofertan, lo que procede es analizar si por parte del recurrente se ha acreditado de forma fehaciente que los productos a favor de los cuales ha recaído la adjudicación de los lotes 10 y 20, sí que tienen o contienen FTALATOS.

En relación con esta cuestión, el órgano de contratación, en su informe de fecha 14 de marzo de 2017, señala, lo siguiente:

*“No se trata, por tanto, de dirimir que consecuencias tendría el que los productos ofertados por las adjudicatarias de estos Lotes presenten FTALATOS, sean en mayor o menor proporción, sino si realmente la adjudicación efectuada es correcta a tenor de los Pliegos y de la documentación aportada en la oferta técnica.*

*Y es que siendo indubitado que la ausencia de FTALATOS deviene como un requisito técnico necesario a aplicar en los productos ofertados, lo que no se determina en los Pliegos es una forma concreta de acreditar ese requisito, más allá del principio general recogido en el art. 245 del TRLCSP en el sentido de que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguno, así como la necesidad de atender lo recogido en la Cláusula 24 del Pliego-Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares y la presentación por todos los licitadores del Anexo IX como parte de lo contenido de los Pliegos donde se certifica que los productos ostentan el marcado CE conforme determina el Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, sobre productos sanitarios.*

*Al margen de estas consideraciones, cabe indicar que ambas empresas sí presentaron dentro del contenido del sobre B declaraciones de los fabricantes manifestando estar libre de FTALATOS, por cierto exactamente igual que hizo la empresa ahora recurrente en la medida que también aporta esas declaraciones del fabricante de estar exento de látex y*



*FTALATOS, entendiéndose por este órgano de contratación que dichas declaraciones son suficientes como medios de prueba y dar por válidas su presentaciones; no de otro modo cabe esperar la actuación de aquellas empresas que libremente concurren bajo principios de buena fe y confianza legítima que presiden las relaciones entre particulares y Administración, no alcanzando a entender que una empresa, conscientemente, pretendiera vender y colocar en el mercado productos potencialmente peligrosos para los profesionales usuarios de esos materiales y, sobre todo, de los pacientes”.*

Por su parte, la mercantil adjudicataria del lote 20, IZASA, formuló como se señala alegaciones a este recurso, en el que transcribe parte del informe de LEVENTON, S.A.U. fabricante del producto adjudicado que es el “regulador de flujo Dosi-Flow REF. 259-0257-50”, y cuyas conclusiones son las siguientes:

*“Se considera que el análisis recogido en el informe AT-0202/17 de Aimplas, es un análisis general aplicable a una muestra de plástico para un uso diferente al de producto sanitario. Por lo tanto, no se basa en la normativa ISO 10993 “Biological Evaluation of medical devices” partes 17 y 18 que indican la metodología a seguir para realizar la evaluación de manera correcta.*

*(...)*

*Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, se concluye que el producto sanitario Dosi-Flow REF259-0250-CV cumple con todas las restricciones definidas por la legislación vigente para ser un producto seguro para el uso hospitalario, DEHP menor 0,1% y producto sin riesgo toxicológico para la seguridad del paciente (según ISO 10993 parts 17 y 18)”.*

Igualmente, la mercantil adjudicataria del producto identificado como lote 10, NACATUR, en su escrito de alegaciones presentado a este Tribunal, concluye que “*el Pliego Técnico exigía que los artículos estuvieran libres de FTALATOS (de manera genérica) y el equipo de infusión ofertado en el lote 10 REF. BDIN0159 lo está en estricto cumplimiento de lo dispuesto en las normativas europeas aplicables, tal como acredita la Declaración del Fabricante aportada en su momento.*



*Ponemos a su disposición las muestras que consideren convenientes del equipo de infusión de Italiana Medicazione-referencia BDIN0159, para que puedan hacer las comprobaciones que consideren oportunas en caso de creerlo necesario”.*

**Séptimo.** Dado que, tal y como ha quedado ahora transcrito, la discusión que es objeto de este recurso no es otra que la prevalencia de unos informes sobre otros, blandiendo el recurrente el suyo, el del Instituto Tecnológico del Plástico (AIMPLAS) como el único válido, frente a los informes presentados por las mercantiles que han resultado adjudicatarias, así como también frente al informe técnico emitido por el órgano de contratación con fundamento en el cual se ha formulado la resolución recurrida, resulta procedente la invocación de las reglas generales de la carga de la prueba, objeto de análisis en anteriores resoluciones de este Tribunal, entre otras la nº 1067/2015.

Así, el artículo 217 de la Ley 7/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone en su apartado segundo que *“Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”*, de modo tal que para que prospere alegación o acción del recurrente, es preciso que se lleve a cabo por parte de él prueba suficiente y válida de la que resulte la veracidad de lo alegado. Además, este mismo precepto, en su apartado tercero, en relación con el demandado, dispone que *“Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*.

Nos encontramos, por tanto, como anteriormente se ha señalado, no ante un supuesto de existencia o no de “discrecionalidad técnica o arbitrariedad”, pues el órgano de contratación no tiene libertad para apreciar si los productos ofertados contienen o no la sustancia prohibida, sino más bien de prueba. Dado que no se discute que el PPT exige que los productos *“estén libres de FTALATOS”*, se trataría de ver si la recurrente lo ha demostrado o no con el informe pericial aportado, el del Instituto Tecnológico del Plástico, puesto que la otra documentación presentada es relativa a estudios o publicaciones que declaran que son peligrosos para la salud los productos que contienen FTALATOS, y que de ningún modo



contribuyen a la verificación o acreditación de ser cierto que los mismos se contienen en los productos que han resultado seleccionados.

Antes esta tesitura, los adjudicatarios, con rotundidad, niegan que sus productos tengan FTALATOS, aportando nuevos informes que acreditan la no concurrencia de esta sustancia, y contradiciendo también el informe presentado por el recurrente, alegando que el estudio recae sobre una muestra de plástico para un uso diferente al de producto sanitario, y ofreciendo muestras de los productos para realizar nuevos análisis que corroboren lo ya acreditado en los informes del fabricante de los productos.

La situación descrita, previa aplicación de las normales generales sobre la carga de la prueba, conduce a este Tribunal a la desestimación del recurso, por considerarse que la actividad impugnadora del recurrente para que su alegación hubiera podido prosperar debería haber contenido mayor carga probatoria, a fin de que de forma fehaciente, clara e indubitada hubiera podido resultar ser cierto que los productos que han resultado adjudicados contienen esta peligrosa sustancia para la salud.

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 interpuesto por D. S.R.B., en representación de BIOMÉDICA DIVISIÓN HOSPITALARIA, S.L., contra la resolución de adjudicación de 30 de enero de 2017, del procedimiento para el *“Suministro de materiales y accesorios para infusión por gravedad. Expte.: CS/9999/1100672958/16/ACPA”*, en relación con los lotes 10 y 20, convocado por el Servicio Murciano de Salud, por ser ajustada a derecho.

**Segundo.** Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.



**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 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 la Región de Murcia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.