



Recurso nº 1046/2018 C.A. Cantabria 50/2018

Resolución nº 1061/2018

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

En Madrid, a 23 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. M. P., en representación de ESSITY SPAIN, S.L., contra el Acuerdo de 14 de septiembre de 2018, de la Mesa de Contratación del Servicio Cántabro de Salud, de exclusión de la citada entidad del procedimiento de adjudicación del contrato de *“Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia de orina para los usuarios con derecho a prestación farmacéutica a cargo del servicio cántabro de salud. Expte. PA AM SCS 2017 176.”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Cántabro de Salud, mediante anuncios publicados el 9 de marzo de 2018 en el Diario Oficial de la Unión Europea, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Boletín Oficial del Estado, convocó por el procedimiento abierto la licitación del contrato de suministro y distribución de absorbentes de incontinencia de orina para los usuarios con derecho a prestación farmacéutica a cargo de dicho Servicio, con un valor estimado de 10.853.133,00 euros.

Segundo. La Mesa de Contratación se reunió el 14 de septiembre de 2018 para efectuar la valoración de los criterios de adjudicación basados en juicio de valor. En dicha reunión, la Mesa acordó la exclusión de la entidad recurrente al considerar que los productos ofertados no cumplían las condiciones generales de etiquetado previstas en los pliegos.



Tercero. Con fecha de 11 de octubre de 2018, la entidad recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de exclusión.

En su recurso, ESSITY SPAIN solicita que se dicte Resolución por la que declare que los absorbentes para incontinencia de orina ofertados por dicha entidad cumplen con los requisitos establecidos en el punto 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a la indicación de la fecha de envasado en su embalaje exterior, siendo procedente por tanto su inclusión en la valoración técnica.

Cuarto. Con fecha 16 de octubre de 2018, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquél.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. Ha presentado alegaciones la entidad LABORATORIOS HARTMANN S.A. en las que solicita la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y en el Convenio de colaboración de 13 de diciembre de 2012, formalizado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Segundo. ESSITY SPAIN está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, al haber concurrido a la licitación. 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”*.



Tercero. Tratándose de un acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento de un contrato de suministros sujeto a legislación armonizada, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) de la LCSP, en relación con el 44. 2.b) de la LCSP.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente lo interpuso el 11 de octubre de 2018, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la notificación del acuerdo impugnado. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 50.1 c) de la LCSP, el recurso se ha presentado dentro de plazo.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la entidad recurrente fundamenta su recurso en las siguientes consideraciones:

Los productos ofertados por la recurrente sí cumplen con lo establecido en el punto 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas, constando debidamente la fecha de envasado en el embalaje exterior. Dicho punto establece lo siguiente:

"Los absorbentes de incontinencia de orina estarán etiquetados con las características y datos que establece el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre y como mínimo en su embalaje exterior deberán cumplir las siguientes condiciones:

Identificación de la empresa.

Identificación del producto: marca, capacidad de absorción, forma/sujeción y talla.

Número de unidades por embalaje externo y/o interno.

Número de lote y fecha de envasado y/o caducidad.

Código nacional en embalaje externo."

La referencia a una fecha de caducidad no es de aplicación a los absorbentes para incontinencia de orina, motivo por el cual en el embalaje exterior de los productos de la recurrente no consta dicha fecha. Sí que consta, debidamente, la fecha de envasado de los productos, fecha que forma parte del número de Lote.



De esta forma, los citados absorbentes cumplen con lo previsto en el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n° 2178/2002 y el Reglamento (CE) n° 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo.

Establece dicho Reglamento en el apartado 23.2 de su Anexo I la información que figurará en la etiqueta, estableciendo en su apartado g) que deberá figurar *"el número de lote o el número de serie del producto, precedidos de las palabras "NÚMERO DE LOTE" O "NÚMERO DE SERIE" o un símbolo equivalente, según el caso"*.

En su apartado j), establece que *"cuando no figure indicación de la fecha hasta la cual puede utilizarse el producto de manera segura, se indicará la fecha de fabricación. Esta fecha de fabricación se podrá incluir como parte del número de lote o número de serie, siempre que la fecha sea claramente identificable"*.

Todos los absorbentes de ESSITY SPAIN cumplen estrictamente con lo previsto en este Reglamento, de forma que en todos ellos consta el número de Lote dentro del cual está incluida la fecha de fabricación, fecha que coincide con la fecha de envasado del producto, por lo que no existe motivo alguno para que sean excluidos de la licitación.

Sexto. El órgano de contratación, en el informe evacuado al efecto señala, en síntesis, lo siguiente:

Conforme se recoge en los pliegos, las muestras presentadas por las empresas para su valoración deben encontrarse etiquetadas conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, habiéndose entendido por los autores del informe técnico en el cual se basa la exclusión que no se cumple con el requisito de que los productos reflejen junto con el número de lote la fecha de envasado y/o caducidad.

Conforme a los criterios seguidos por los técnicos de valoración, la exclusión no se basa en el hecho de que no conste la fecha de caducidad exclusivamente, sino que también falta la fecha de envasado o si consta en algunos de los lotes resulta ilegible su lectura.



Por otro lado, no se han exigido en los pliegos que rigen el contrato los dos elementos que deben encontrarse junto al número de lote, al no resultar obligatorio conforme a la normativa de aplicación, habiéndose admitido a aquellas empresas que al menos han etiquetado o bien la fecha de envasado o bien la de caducidad.

Una vez revisadas las muestras presentadas por la recurrente, se puede apreciar que junto a la referencia del lote consta la fecha de envasado, siendo este elemento suficiente para valorar las muestras presentadas.

Por todo lo expuesto, entendemos, una vez revisadas las muestras por el órgano de contratación, que la empresa ESSITY SPAIN.S.L., sí cumple con las características de etiquetado que se encuentran establecidas en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre y recogidas en los pliegos.

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, debemos analizar las consecuencias que tiene que el órgano de contratación señale en su informe que, una vez revisadas las muestras, la recurrente sí cumple con las características de etiquetado que se encuentran establecidas en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre y recogidas en los pliegos.

En las Resoluciones 294/2012, 409/2015, 831/2015 u 882/2015, así como en la más reciente 7/2016, hemos señalado respecto al allanamiento del órgano de contratación lo siguiente: “Al respecto, hay que advertir que, aunque esta forma de terminación del procedimiento no se contempla expresamente en el TRLCSP, que se limita en el artículo 47.2 a decir que en su resolución el Tribunal deberá “decidir motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado”, resulta aplicable en estos procedimientos, por su similitud con el supuesto analizado, la regulación del allanamiento en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa -tal como se ha resuelto por este Tribunal en supuestos similares como en la Resolución 104/2013 o la más reciente 105/2015, de 30 de enero- regulación que en su artículo 75 prevé expresamente la posibilidad de que “Los demandados podrán allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo anterior”, añadiendo en su párrafo segundo que “Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del



ordenamiento jurídico, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán en el plazo común de diez días dictando luego la sentencia que estime ajustada a derecho”.

En el presente supuesto, el órgano de contratación reconoce que los absorbentes ofertados por la entidad recurrente cumplen los requisitos de etiquetado exigidos en el PPT. Se trata de una cuestión técnica objetiva que no requiere un análisis jurídico y que no resulta contraria a los intereses públicos por lo que no existe infracción del Ordenamiento Jurídico. Por consiguiente, procede sin más la estimación del recurso interpuesto al haber quedado acreditada la plena conformidad del órgano de contratación con la pretensión de la entidad recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M. M. P., en representación de ESSITY SPAIN, S.L., contra el Acuerdo de 14 de septiembre de 2018, de la Mesa de Contratación del Servicio Cántabro de Salud, de exclusión de la citada entidad del procedimiento de adjudicación del contrato de *“Suministro y distribución de absorbentes de incontinencia de orina para los usuarios con derecho a prestación farmacéutica a cargo del servicio cántabro de salud. Expte. PA AM SCS 2017 176”*, anulando el acto recurrido, y los demás actos posteriores que traigan causa de aquel, acordando la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel acto de exclusión, con expresa conservación de los actos posteriores que, en todo o en parte, sean independientes del anulado y no resulten afectados por su invalidez.

Segundo. 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 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.