

Recurso 361/2023
Resolución 516/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 13 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **UNIÓN 50, S.L.**, (en adelante la recurrente), contra el acuerdo, de 19 de mayo de 2023, de exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación 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 dictado 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.

El 3 de febrero de 2023, este Tribunal dictó la Resolución 67/2023 correspondiente al recurso 520/2022. En ella se acordó, en lo que aquí interesa, *“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, n.º 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.”*

El 28 de abril de 2023 este Tribunal dictó la Resolución 214/2023, en el incidente de ejecución 2/2023 de la Resolución 67/2023 de 3 de febrero de 2023. En la citada Resolución acordó *“Estimar el incidente de ejecución promovido por la entidad UNIÓN 50, S.L. respecto a la Resolución de este Tribunal 67/2023, de 3 de febrero, por la que se estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada empresa*

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 y en consecuencia, el órgano de contratación deberá dar cumplimiento efectivo a la misma en los términos expuestos en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.”.

Con fecha 19 de mayo de 2023, se celebra la sesión de la mesa de contratación, en la que, en ejecución de las Resoluciones antes citadas, se somete a la consideración de la mesa de contratación el informe propuesta de adjudicación de 17 de mayo de 2023 elaborado por la comisión técnica que mantiene las consideraciones del anterior informe de 23 de marzo de 2023 sobre la oferta de la recurrente y sobre la valoración de los criterios de adjudicación donde sólo tiene en cuenta las ofertas de los licitadores que cumplen el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) entre la que no se encuentra la de la recurrente. A la vista del citado informe la mesa de contratación eleva al órgano de contratación propuesta de adjudicación y acuerdan que se solicite a las entidades propuestas adjudicatarias la documentación previa a la adjudicación, quedando así la oferta de la recurrente excluida de forma tácita o implícita de la licitación.

SEGUNDO. Con fecha 1 de agosto 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el citado acuerdo de 19 de mayo de 2023. En su escrito de recurso solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, así como el acceso al expediente ante este órgano.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 1 de agosto de 2023 y reiterado el 7 de agosto de 2023, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Posteriormente, lo solicitado fue recibido en este Órgano el 9 de agosto de 2023, excepto el informe al recurso. Si bien el 8 de agosto de 2023 se le solicita documentación complementaria en relación con el acceso al expediente solicitado ante el órgano de contratación.

El 8 de agosto de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de ampliación del recurso que fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación solicitándole el informe correspondiente.

El órgano de contratación remite a este Tribunal el informe al recurso y la documentación complementaria solicitada, que se reciben en este órgano los días 9, 11, 12 y 13 de agosto de 2023.

El 11 de agosto de 2023, este Tribunal mediante Resolución adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

Posteriormente, el 26 de septiembre de 2023 la Secretaría de este Tribunal solicita al órgano de contratación su pronunciamiento en relación con el informe pericial aportado por la entidad recurrente como anexo a su recurso, identificado como documento n.º 10.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.



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.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente, en un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.b) de la LCSP.

En este sentido, la exclusión de la oferta -aunque sea un acto tácito o implícitamente comprendido en el acuerdo de la mesa formalmente recurrido- es susceptible de recurso especial independiente conforme a lo estipulado en el citado artículo 44.2 b) del nuevo texto legal contractual.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la recurrente el día 18 de julio de 2023 presentó escrito ante dicho órgano en el que solicita acceso al expediente al tener conocimiento de la exclusión de su oferta por la publicación del acta de la sesión de la mesa de contratación de 19 de mayo de 2023 en el perfil de contratante el 11 de julio de 2023.

Al respecto, el artículo 50.1.c de la LCSP, dispone 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.».

No constando la notificación de la exclusión a la recurrente, la eficacia de la misma queda demorada, a los solos efectos de poder impugnarla, hasta que aquella realice actuaciones que supongan el conocimiento y alcance de esta.

En el presente supuesto, el conocimiento por parte de la entidad recurrente de los motivos y alcance de su exclusión se pone de manifiesto con el escrito de 18 de julio de 2023 al órgano de contratación, por lo que siendo el “*dies a quo*” el 19 de julio de 2023 -día hábil siguiente a que haya tenido conocimiento de la posible infracción, el plazo para la interposición del recurso especial finalizó el 8 de agosto de 2023, por lo tanto, el recurso presentado el 1 de agosto de 2023 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.



QUINTO. Sobre la solicitud de acceso al expediente.

A continuación, procede pronunciarse sobre la petición de acceso al expediente incluida en el escrito de la recurrente.

Al respecto, en el examen de la cuestión hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP que, bajo la denominación de «Acceso al expediente», dispone:

«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».

A la vista de este precepto legal, podemos extraer las siguientes conclusiones: el artículo 52 de la LCSP exige, como presupuesto necesario para el acceso al expediente en la sede del órgano competente para resolver el recurso, que previamente las personas interesadas hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso especial y que aquel no se haya facilitado por parte del citado órgano. Es decir, la finalidad del precepto es permitir el examen del expediente en el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso.

En el supuesto examinado, queda acreditado en la documentación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal que la recurrente solicitó acceso al expediente ante el órgano de contratación en los escritos presentados el 18 y el 25 de julio de 2023, y que tuvo acceso al expediente el 1 y el 17 de agosto de 2023. Asimismo, la recurrente tras la vista celebrada el 1 de agosto de 2023, presenta ese mismo día el presente recurso especial y el 8 de agosto de 2023 escrito de ampliación en el registro de este Tribunal.

Así, aunque es cierto que el órgano de contratación no facilitó el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud formulada el 18 de julio de 2023, si lo hizo en respuesta al presentado el 25 de julio de 2023, tras la notificación de la resolución de adjudicación, ese mismo día.

Por otra parte, la recurrente estaba en plazo para interponer el recurso especial contra la exclusión de su oferta hasta el 8 de agosto de 2023, conforme a lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, y sin embargo lo interpuso el 1 de agosto de 2023, mismo día en que tuvo acceso al expediente, según afirma, el que entendía era el último día de plazo para interponer el recurso

En consecuencia, aunque el órgano de contratación atendió tarde la solicitud realizada el 18 de julio de 2023, tras el acceso al expediente en el órgano de contratación disponía de plazo suficiente para interponer un recurso



fundado en derecho, si tras la vista así lo consideraba, o podía haber esperado que este Tribunal se pronunciara sobre la solicitud de vista, por considerarla incompleta, para formular, en su caso, la ampliación del recurso.

Dicho acceso otorgado por el órgano de contratación antes del pronunciamiento de este Tribunal sobre la vista solicitada en su sede, aunque tarde, ha de entenderse que hace perder su finalidad a la vista que este Tribunal ha de dar en sus oficinas, máxime cuando la recurrente ha procedido a la ampliación del escrito de interposición, a raíz del acceso concedido por el órgano de contratación.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis del fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la exclusión de su oferta.

Pues bien, en ejecución de la citada Resolución 67/2023, de 3 de febrero de este Tribunal, el órgano de contratación requiere a la ahora recurrente para que subsane aportando: *“Documento que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada y el producto ofertado, para poder certificar que los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción y cumplen con las normas UNE-EN 455, conforme a lo exigido en el PPT.”*

La documentación aportada por la recurrente en subsanación es analizada por la comisión técnica en informe de 23 de marzo de 2023, cuyas observaciones se someten a la consideración de la mesa de contratación celebrada el 19 de mayo de 2023, sin que la oferta de la recurrente sea valorada conforme a los criterios de adjudicación, quedando su oferta excluida tácita o implícitamente de la licitación.

Al respecto, el citado informe de la comisión técnica, cuyas conclusiones constan en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 19 de mayo de 2023 expone las siguientes observaciones sobre la documentación aportada en subsanación por la recurrente:

“Declaración de conformidad del fabricante "AmPri GmbH" de Producto Sanitario y EPI sobre la referencia (01168-XS-XL)

Certificado de examen UE de tipo (módulo B) a la referencia (PFN LD) emitido al fabricante " Kossan International Sdn.Bhd"

Certificado de control de la producción (módulo D) a la referencia (PFN LD) emitido al fabricante " Kossan International Sdn.Bhd"

Certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción a la referencia (01168-S) emitido a "UNION 50 S.L"

Justificación de la relación entre el fabricante distribuidor/importador: "AmPri GmbH" y el fabricante/productor : "Kossan International Sdn.Bhd"

Declaración responsable de "AmPri GmbH" indicando que la referencia (01168) cumple con las normas "UNE EN 455-1:2020, 455-2:2015, 455-3:2015, 455-4:2010", sin establecer equivalencia con el producto ofertado

Presenta un informe basando la trazabilidad del producto con el fabricante " Kossan International Sdn.Bhd", con el tipo de guante y un esquema gráfico con el etiquetado de la caja, relacionando esta documentación entre el ensayo solicitado "normas UNE-EN 455" y el producto ofertado por el licitador "UNION 50 S.L" (Epiderm Protect Purple) a través de la denominación "Low Dermatitis"



Al verificar la documentación presentada se observa que el concepto "Low Dermatitis" hace referencia a una característica del guante de forma genérica, lo que implica que se puede aplicar a cualquier guante de esas mismas características técnicas

Conclusión: La documentación aportada por el licitador no permite certificar que el guante cumple conforme a lo exigido en el PPT".

2. Alegaciones de las partes

a) Alegaciones de la recurrente.

La recurrente en su escrito de recurso solicita a este Tribunal que *"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."*

La recurrente mantiene la improcedencia de la exclusión de su oferta, entendiéndolo que cumple escrupulosamente de los requisitos establecidos en el PPT y acreditada la trazabilidad conforme a las normativas UNE-EN 455 respecto de los guantes ofertados.

Alega que al no tener conocimiento del informe técnico, sino que solo del cuadro resumen, no es posible saber con certeza la razón y el razonamiento seguido para la exclusión, aunque *"permite constatar o al menos atisbar la concurrencia de un error material, patente y manifiesto en el que se ha incurrido a la hora de valorar la documentación aportada"* y entiende que en *"el motivo de la exclusión ha venido dado entender la mesa que la documentación aportada no permite realizar la correcta trazabilidad del producto ofertado con la UNE-EN 455 (norma referida a dicha trazabilidad)."*

Sin embargo, la recurrente afirma que la documentación técnica aportada permite *"sin ningún género de dudas, constatar la trazabilidad del producto exigida por el PPT."*

Así afirma que *"si acudimos a los pliegos rectores de la licitación, observamos que en lo relativo a la norma UNE-EN 455, únicamente se señala que son "Normas armonizadas de requisitos aplicables que se deberán acreditar". Es decir, que respecto de dichas normas armonizadas deberá el licitador acreditar su cumplimiento conforme a la norma sin más requisitos que los que aparezcan en éstas, ya que no se pide ningún requisito adicional por parte del órgano de contratación (cosa que podría haber hecho, pero eligió no hacerlo y remitirse en bloque a dichas normas).*

Por otro lado, cuando los pliegos mencionan la "trazabilidad", únicamente indican que "el etiquetado de las cajas y las instrucciones deberán constar en español y deberá permitir la trazabilidad del producto y sus certificados."

La recurrente mantiene 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 hizo referencia en su día en el primigenio 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).*



Es más, basta con revisar el informe de ensayo presentado por UNIÓN 50, S.L. (o cualquier otro informe de ensayo de producto sanitario) para comprobar que no existe ningún apartado en el que pueda incluirse una “referencia de producto” o una marca comercial (como no puede ser de otra manera, ya que dicha inclusión no está prevista en la normativa aplicable”.

Todo ello le lleva a la conclusión de “que el motivo de exclusión aducido por el informe técnico y consignado en el acta en el que se acuerda la exclusión, incurre en error objetivo y manifiesto a la hora de interpretar el cumplimiento del requisito de trazabilidad respecto de las normas UNE-EN 455, por cuanto que dichas normas (a las que, recordemos, expresamente se remite el PPT a efectos de trazabilidad, sin realizar ninguna otra disposición o incluir requerimiento adicional al respecto) disponen que tanto el etiquetado exigible como el informe de ensayo y, en suma, la información relativa a la trazabilidad del producto queda perfectamente determinada mediante la consignación de los datos relativos al fabricante o distribuidor del producto y el tipo de guante a estos efectos, que debe consignarse (y así se hace, pues así lo ordenan las normas) en el informe de ensayo y en el envase del producto a los efectos de esa trazabilidad.”.

No obstante, entendiendo que es una cuestión eminentemente técnica, la recurrente aporta con su recurso un extenso informe pericial “en análisis de las exigencias de la norma UNE-EN 455, de la documentación aportada por UNIÓN 50, S.L., y, en suma, de la trazabilidad del producto ofertado.”.

En su escrito de recurso se remite al informe pericial, si bien destaca respecto a las partes 1, 2 y 3 de las normas UNE-EN 455, lo que entiende <<un dato adicional de tremenda relevancia:

“En este sentido, nos encontramos ante un guante descrito como Powder Free Nitrile Examination Gloves, Non-Sterile. Low Dermatitis Potential Claim, exactamente la misma descripción que aparece en el resto de documentación y en el etiquetado. En concreto destacar el módulo D, ya aceptado por el órgano de contratación una vez enviada la primera aclaración, y en el que al lado de la referencia, aquí si debe aparecer y así lo hace, también aparece el tipo de guante en el que vuelve a aparecer Powder Free Nitrile Gloves. Non-sterile (Low Dermatitis Potential). Cabe destacar que no se trata de un guante de nitrilo normal, sino que tiene un añadido que el Low Dermatitis, lo cual hace aún más fácil la trazabilidad y la identificación del producto, pues no sólo es el mismo fabricante, sino que se trata de un guante muy específico y único que lo hace inconfundible con otro guante del mismo fabricante, máxime cuando de los 4 tipos de guantes que fabrica el productor es el único que tiene en la descripción “Low Dermatitis”. Esto se puede comprobar en el módulo D que obligatoriamente debe recoger todos los tipos de guante que produce el fabricante, módulo D que ha sido aceptado y dado cómo válido por la mesa. De manera idéntica también aparece el tipo de guante en el etiquetado junto con las referencias y demás obligaciones del mismo.

Es decir, el único tipo de guante que en su descripción incluye la expresión “Low Dermatitis” y que es fabricado por KOSSAN INTERNATIONAL es el PFN LD. Así, un informe de la 455 del fabricante KOSSAN INTERNATIONAL con un guante que se describa como Low Dermatitis no puede ser otro que el PFN LD y por consiguiente el Epiderm Protect ofertado por Unión 50.>>.

Igualmente, respecto a la parte 4 de las normas UNE-EN 455 destaca que el informe concluye “una trazabilidad perfecta al igual que en las partes anteriores con el Powder Free Nitrile Finger Texture (Low Dermatitis). Pero no sólo este extremo, pues también podemos hacer la trazabilidad a través del productor y su módulo D que, recordemos, ya ha sido aceptada su trazabilidad por la mesa conforme a la primera aclaración aportada por Unión 50, por lo que se añade un plus extra en la trazabilidad no exigido ni por los pliegos ni por la norma ni por normativa europea alguna, consiguiendo sin lugar a duda una trazabilidad perfecta entre el guante, su etiquetado y toda la documentación relativa a la norma 455 parte 4”.



Asimismo, la recurrente destaca que *<<en cursiva>>* A mayor abundamiento, el informe pericial entra a analizar también el etiquetado e instrucciones de la caja, única referencia que el PPT hace de forma expresa respecto de la trazabilidad, exigiendo que “El etiquetado de las cajas y las instrucciones deberán constar en español y deberá permitir la trazabilidad del producto y sus certificados.”>>

En este punto, el informe pericial realiza un análisis completo del citado etiquetado en la forma siguiente:

“En este sentido, la caja a parte de los estándares europeos y normativos que se exigen para la trazabilidad de los documentos, el etiquetado aporta un extra en trazabilidad que hace que esta sea perfecta y no ofrezca lugar a duda.

Estos extras son:

- Número de certificado del módulo B. (Marcado en rojo)
 - Referencia y descripción del guante tal y como aparecen en los distintos certificados. (Marcado en verde)
 - Código QR que incluye las instrucciones y todos los certificados del guante para descarga directa. (Marcado en morado)
- (...)

En esta última URL, se identifica el guante ofertado por Unión 50, una declaración de Ampri y de Unión 50 de la veracidad de los certificados y de que los mismos son los correspondientes al guante 01168 Epiderm Protect Purple y se pueden descargar de forma directa la ficha técnica, el certificado UE de tipo (Módulo B), el Módulo D, la UNE EN-455 partes 1, 2, 3 y 4 y por último aparece un enlace a una carpeta de google drive accesible sin login necesario según he podido comprobar, en la que se incluyen el resto de certificados, sus traducciones al español, así como certificados antiguos caducados y ya repuestos por nuevos pero que pueden ser de utilidad en función de la fecha de fabricación del guante.

Esta web, veo que se mantiene con diseño y contenido inalterable (salvo los certificados caducados y subidos los de nueva vigencia) desde la última vez que la visité el 10 de agosto de 2022 para comprobar su estado y la inclusión del certificado emitido por mi persona en esa fecha.

Este código QR sin duda permite la trazabilidad directa, exacta e inequívoca entre la caja y los certificados tal y como exige el pliego, reforzando así toda la trazabilidad igualmente válida e inequívoca a través de los certificados y documentos, aunque realmente la web hace accesible la información al usuario.”>>

En definitiva, la recurrente alega que *“De todo lo anterior se colige, sin ningún género de dudas, que la oferta (y posterior aclaración/subsanación) de UNIÓN 50, S.L., cumple con las exigencias del PPT respecto de la trazabilidad del producto en relación con las normas UNE-EN 455 a las que dicho pliego expresamente se remite, sin añadir o adicionar ningún otro requisito distinto de aquellos. Sin que, insistimos, del nuevo informe técnico de valoración se extraigan o colijan los motivos por los que considera el órgano de contratación que no es posible la trazabilidad del producto.”*

Por otra parte, en su escrito de ampliación del recurso, la recurrente respecto a este motivo de recurso recuerda *<<únicamente que la documentación publicada por el órgano de contratación no fija con precisión la razón y el razonamiento seguido para la exclusión. De tal forma que sólo tenemos un cuadro resumen del Informe Técnico de Valoración de la documentación aportada, consignado en el Acta de fecha 19/5/2023, que se limita a enumerar los documentos presentados por UNIÓN 50, S.L., respecto de la aclaración solicitada, para continuar con el siguiente texto: “Al verificar la documentación presentada se observa que el concepto “Low Dermatitis” hace referencia a*



una característica del guante de forma genérica, lo que implica que se puede aplicar a cualquier guante de esas mismas características técnicas”. Concluyendo que “La documentación aportada por el licitador no permite certificar que el guante cumple conforme a lo exigido en el PPT”.>>.

La recurrente denuncia en su escrito de recurso la *“Infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación: UNIÓN 50, S.L., ha presentado la misma documentación (sino más) que el resto de licitadores.”*

Para ello alude a la documentación presentada por las licitadoras ITURRI, S.A. y CELULOSAS VASCAS, S.L., que fueron requeridas para que aportaran *“Documento que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada y el producto ofertado, para poder certificar que los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción, conforme a lo exigido en el PPT.”*

Afirma que *“ITURRI, S.A. y CELULOSAS VASCAS SOCIEDAD LIMITADA se limitaron a aportar la declaración responsable de trazabilidad del fabricante y la correspondiente explicación sobre la trazabilidad.*

Y, a pesar de la exhaustividad de la explicación de UNION 50, S.L., (que no invalida las explicaciones de ITURRI, S.A. y CELULOSAS VASCAS SOCIEDAD LIMITADA, ni mucho menos, pero desde luego otorga idéntica información e incluso la amplía), solo aquella empresa es excluida.

Ello supone, como decimos, dar un trato desigual ante una información idéntica o equivalente, y la correspondiente vulneración del principio de igualdad y no discriminación.”

También denuncia el tratamiento desigual con respecto a la licitadora IBERIAN CARE 2016, S.L. afirmando que *“dicha sociedad jamás fue requerida de aclaración, y sin embargo la revisión de su oferta permite comprobar no sólo no presenta varios informes sin la referencia y sólo con una descripción, sino que algunos de estos informes son los relativos a la 455-1, 455-2, 455-3 y 455-4.*

Nos remitimos de nuevo en este punto al informe pericial que acompaña al presente escrito, en donde el perito realiza un análisis exhaustivo de la oferta de IBERIAN CARSE 2016, S.L., y de cómo la documentación de su oferta adolece de los defectos que el órgano de contratación viene constatando y requiriendo de subsanación respecto de otros licitadores.

De hecho, basta que ese Tribunal examine el expediente administrativo para comprobar que la documentación aportada por IBERIAN CARE 2016, S.L., respecto de las tan citadas normas UNE-EN 455 y la trazabilidad hacen uso de diferencias muy distintas, pues en unos aparece como Biodegradable nitrile powder free glove y en otros como Biodegradable Nitrile Examination Accelerator Free Powder Free Glove, esto es, dos productos diferentes. Ello supone, en suma, que no se pueda afirmar que ambas descripciones de guantes son las mismas según los certificados, pues claramente tienen características distintas, haciendo imposible la correcta trazabilidad en los términos exigidos por el órgano de contratación.”

En su escrito de ampliación del recurso, reitera las alegaciones relacionadas con este motivo de recurso acompañando una ampliación del informe pericial presentado con el recurso especial que *“analiza la documentación presentada por el resto de licitadores a este respecto, destacando las siguientes:*

2.1.- 4 GASA, S.L.:

“4 Gasa vuelve a tener referencias múltiples no coincidentes con el embalaje. Encontramos numerosas referencias en cada documento. Destacamos que en la 455 las referencias que aparecen son “Nitrile examination powder free



gloves 3,5 g in blue” o “disposable nitrile gloves”. Es decir, dos descripciones genéricas, mucho más que las que tiene Unión 50, sin trazabilidad alguna según lo exigido en el pliego al contrario que Unión 50, y ni siquiera coinciden las descripciones que aparecen entre los diferentes documentos de la propia 455. Es llamativo, ya que a Unión 50 ha sido excluido alegando precisamente estos motivos.”

2.2.- GAMMA SOLUTIONS HEALTH SL

“Gamma Solutions, en los ensayos y certificados de la UNE-EN 455, se aprecia cómo tiene referencias genéricas como “Disponible Nitrile Gloves”. Aquí apreciamos aún mayor diferencia de criterio de la mesa, pues se trata de la misma certificadora que presenta Unión 50 y con el mismo tipo de datos, valorándose positivamente la descripción del producto a Gamma Solutions siendo esta “Disponible Nitrile Gloves”, pero a Unión 50 no, aun teniendo una descripción más exhaustiva.”

2.3.- CV MEDICA SL

“El supuesto de CV MEDICA resulta un gran agravio para Unión 50 con un criterio de la mesa técnica difícil de comprender. Pues no presenta ningún documento sobre la 455-4, es más, reconoce que no la tiene pues en su declaración de conformidad no la pone. Aun así, se le acepta la 455 en su totalidad. La comparación de Unión 50 con este caso resulta más que evidente el perjuicio que ha sufrido, pues Unión 50 presenta documentación, presenta trazabilidad, aclara la situación, pero a CV MEDICA, sin presentar nada no se le pide ni aclaración al respecto.”

2.4.- ALBAZUL SERVICIOS INTEGRALES SA

“El supuesto de ALBAZUL es de difícil explicación y suponiendo un nuevo criterio de la mesa. En una primera aclaración se le solicita que aclare el cumplimiento de la 455-4, la cual no se le da por válida y se le excluye por el siguiente motivo:

“No es posible establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada (Certificado libre de residuos de aceleradores químicos de la producción y las normas UNE-EN 455) ya que el guante aparece identificado como “Guante azul de nitrilo”, no pudiendo relacionarlo con la marca Mercator Nitrylex classic o referencias G0001SSAS/G0001MSAS/G0001LSA S”

Tras los recursos interpuestos, y antes del incidente de ejecución, ya se considera que cumple directamente y no se le solicita nada más respecto a la 455. Es decir, lo que la mesa consideraba que en noviembre de 2022 no era válido para cumplir con la 455, era perfectamente válido en marzo de 2023 sin presentar ni aclarar nada. De cualquier forma, la única documentación presentada inicialmente y que no cumplía con la trazabilidad de la 455, siendo excluida por los mismos motivos que Unión 50 y que luego fue aceptada sin más aclaración, podemos observar que no tiene referencia ninguna tal y cómo indicaba la mesa en la primera causa de exclusión de Albazul en el informe del 11 de noviembre de 2022.”

3.- Estos son, como decimos, los casos más llamativos, si bien la ampliación del informe pericial analiza al resto de empresas que fueron requeridas por los mismos motivos de UNION 50, S.L., para aclaración, por lo que a fin de no resultar reiterativos nos remitimos a su contenido.>>

b) Alegaciones del órgano de contratación.



El órgano de contratación tras una extensa exposición de los antecedentes del procedimiento de licitación, en relación con este motivo de recurso, aporta informe de la Comisión Técnica de 11 de agosto de 2023, emitido con ocasión de la interposición del presente recurso, con el siguiente contenido:

“Tal como se concluye en el informe técnico emitido con fecha 23.03.2023, respecto a la Declaración responsable del fabricante distribuidor/inportador “AmPri GmbH” indicando que la referencia (01168) cumple con las normas “UNE EN 455-1:2020, 455-2:2015, 455_3:2015, 455-4:2010”, no se establece equivalencia alguna con el producto ofertado por el licitador. Respecto al informe basando la trazabilidad del producto con el fabricante “Kossan International Sdn.Bhd”, con el tipo de guante y un esquema gráfico con el etiquetado de la caja, relacionando esta documentación entre el ensayo solicitado “normas UNE-EN 455” y el producto ofertado por el licitador “UNION 50 S.L” (Epiderm Protect Purple) a través de la denominación “Low Dermatitis” al verificar la documentación presentada se observa que el concepto “Low Dermatitis” hace referencia a una característica del guante de forma genérica, lo que implica que se puede aplicar a cualquier guante de esas mismas características.

Por tanto nos reiteramos en que con la documentación aportada por el licitador UNION 50, S.L. no queda justificada la trazabilidad del guante ofertado por el licitador con los ensayos de las normas UNE-EN 455 aportados, no permitiendo certificar que el guante cumpla con lo exigido en el PPT.”

Además, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que *“presenta la recurrente un informe que identifica como Documento 10, al que esta parte no ha tenido acceso, entendiéndose que dicho informe encargado por UNION 50 S.L. adolece de la imparcialidad de la que goza el referido informe de 23 de marzo de 2023.*

Traer a colación a este respecto la reciente Resolución 458/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía , “en este Tribunal tiene una asentada doctrina sobre la cuestión (v.g. Resoluciones 105/2020, de 1 de junio, 250/2021, de 24 de junio y 275/2022, de 20 de mayo), según la cual los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega”.>>.

A petición de este Tribunal el órgano de contratación aporta informe técnico sobre el informe pericial identificado como documento nº 10 cuyo contenido se analizará en el siguiente fundamento de derecho.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal. Análisis de los motivos del recurso.

Procede, pues, analizar las cuestiones de fondo que se suscitan en el presente recurso, en relación con la exclusión de la oferta de la recurrente.

Al respecto, la recurrente reitera en su escrito de recurso que *“no es posible saber con certeza la razón y el razonamiento seguido para la exclusión”,* lo que en principio le hace deducir que no conoce en su totalidad el informe de la comisión técnica que analiza la documentación presentada en subsanación.

Sin embargo, tal como habrá podido comprobar la recurrente al acceder a la documentación del expediente, el contenido del mismo, respecto al análisis de la documentación aportada en respuesta al requerimiento de subsanación de su oferta, es el que se plasma en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 19 de mayo de 2023, que se ha transcrito en el anterior fundamento de derecho.



En efecto, la mesa no sólo no acuerda expresamente la exclusión de la oferta de la recurrente, que se lleva a cabo de forma implícita, al proceder a valorar sólo las ofertas que consideran que cumplen el PPT, entre las que no se encuentra la de la recurrente, sino que tampoco se indica expresamente cual es el mandato del PPT que se considera incumplido.

En el requerimiento de subsanación se le solicitaba la documentación que permitiera realizar la trazabilidad con el producto ofertado respecto a certificar, conforme al PPT, que:

- los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción y
- cumplen con las normas UNE-EN 455.

Puesto que en el informe técnico no se advierte ninguna observación respecto a la acreditación de que los guantes están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción, la recurrente deduce que la exclusión de su oferta se debe a que no se considera acreditada la trazabilidad en relación con el cumplimiento de las normas UNE-EN 455, y así construye el presente recurso.

No obstante, este Tribunal considera, como alega la recurrente, que siendo posible deducir que la causa de exclusión es la indicada, no es posible conocer la razón, ni el razonamiento seguido para concluir que con la documentación aportada no se acredita la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455, conforme a lo exigido en el PPT.

Así, en el informe técnico se afirma que aporta una “*Declaración responsable de "AmPri GmbH" indicando que la referencia (01168) cumple con las normas "UNE EN 455-1:2020, 455-2:2015, 455-3:2015, 455-4:2010", sin establecer equivalencia con el producto ofertado*”, pero no aclara por qué motivo considera que no se puede establecer tal equivalencia, como podría ser qué dato, información o referencia no contiene la declaración responsable y debería incluir; o si la que contiene se contradice con alguna otra.

Del mismo modo, cuando considera que el informe sobre la trazabilidad aportado por la ahora recurrente se basa en la denominación “*Low Dermatitis*”, que considera una característica genérica, a la vista del citado informe sobre la trazabilidad que obra en el expediente aportado por el órgano de contratación, teniendo en cuenta la extensión del mismo y la documentación que lo acompaña, aunque sea relevante la alusión a la denominación “*Low Dermatitis*”, no se alcanza a saber por qué considera el órgano de contratación que la trazabilidad se basa en ese concepto.

Tampoco el informe de la comisión técnica de 11 de agosto de 2023, que el órgano de contratación solicita a la vista de la interposición del presente recurso especial, contiene más motivación, pues como puede observarse en el anterior fundamento de derecho, se limita a repetir y reiterar las observaciones del informe de 23 de marzo de 2023, sin dar respuesta a las extensas alegaciones formuladas por la recurrente, ni rebatir el informe pericial y a la ampliación del mismo, manifestando el órgano de contratación en su informe al recurso no haber tenido acceso a dicho informe pericial, aunque este Tribunal se lo había remitido en el correo electrónico enviado el 2 de agosto de 2023, al que respondió el 17 de agosto de 2023, ante las dificultades que el tamaño del mismo pudiera suponer para su recepción por el Sistema de Interconexión de Registros, por el que se le remitió en dos ocasiones.

No obstante, ante la complejidad técnica del análisis de la documentación aportada en subsanación y de la ausencia de razonamientos en los informes de la comisión técnica, la Secretaría de este Tribunal solicita expresamente, como ya se ha expuesto, un informe técnico del órgano de contratación sobre el informe pericial



aportado por la recurrente, esperando conocer a través del mismo el razonamiento seguido para considerar que la oferta de la recurrente no cumple el PPT.

Pues bien, a continuación, analizaremos el contenido del mismo, que comienza respondiendo a las conclusiones del informe pericial como sigue:

<<1º. Dando respuesta al primer punto de las conclusiones del documento nº 10 informe pericial "El guante ofertado por Unión 50 cumple perfectamente con los requisitos mínimos exigidos por los pliegos y con la normativa vigente" nos reafirmamos en que no se puede establecer la trazabilidad entre la documentación aportada sobre las normas UNE-EN 455 y el guante ofertado por el licitador UNIÓN 50 S.C a pesar de lo manifestado por D. E. G.>>.

Con ello, el órgano de contratación solo informa de que a pesar de lo que se manifiesta por el autor del informe se reafirman en que no se puede establecer la trazabilidad entre la documentación aportada sobre las normas UNE-EN 455 y el guante ofertado por la recurrente sin más explicación.

Continua: *<<2º, Dando respuesta al segundo punto de las conclusiones del documento nº 10 informe pericial "Que la norma 455 no exige en ningún momento que aparezca la referencia del guante, sólo la descripción del mismo" la referencia en cualquier tipo de ensayo la indica el fabricante/cliente según indican los organismos autorizados para realizar este tipo de ensayos, si bien es cierto que en los ensayos se debe indicar que la referencia sea inequívoca (única y no ambigua) y número de lote, muchas veces se indica una demasiado general como: "guante de nitrilo sin látex" la decisión y responsabilidad final es del fabricante/cliente, por ello, en los ensayos de las normas 455 en los que no se indica claramente la referencia se acompañan de una declaración responsable o jurada del fabricante indicando que el guante analizado en el ensayo presentado se corresponde con la referencia del guante ofertado.>>*

No hace ninguna referencia a los posibles defectos de la oferta de la recurrente, sino que explica en términos generales como suelen presentar la documentación las licitadoras.

Si bien, el órgano de contratación admite que, como alega la recurrente, la norma UNE 455 no exige que aparezca la referencia del guante, y afirma que “*muchas veces se indica una demasiado general*”, en cuyo caso entiende que es responsabilidad del licitador acompañar una “*declaración responsable o jurada del fabricante indicando que el guante analizado en el ensayo presentado se corresponde con la referencia del guante ofertado*”.

Cabe entender que si la recurrente hubiera aportado tal declaración responsable se hubiera entendido acreditada la trazabilidad exigida. Sin embargo, los pliegos no concretan la exigencia de ningún documento para acreditarla, la única referencia que los pliegos realizan sobre la acreditación de la trazabilidad se contiene en el apartado 3 del PPT, denominado “Características Técnicas Específicas”:

«3. CARÁCTERÍSTICAS TÉCNICAS ESPECÍFICAS

(...)

ENVASADO:

En cajas con estuche dispensador entre 100 y 200 unidades con apertura superior y plegado de guantes que permita su correcta dispensación por unidades. El etiquetado de las cajas y las instrucciones deberán constar en español y deberá permitir la trazabilidad del producto y sus certificados.

En el etiquetado tiene que figurar:

1 El fabricante y su dirección



2 La denominación comercial del producto, la referencia de fabricante y la talla

3 El marcado CE, la fecha de caducidad, número de lote y pictogramas según normativa

(...)

NORMATIVA APLICABLE:

Normas armonizadas de requisitos aplicables que se deberán acreditar:

- 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.”

En este punto, es pertinente referirnos, en primer lugar, al artículo 139 de la LCSP que dispone “1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...)”. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 377/2019, de 7 de noviembre), “los pliegos que rigen el contrato son “lex inter partes” o “lex contractus” y vinculan a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas.”

Por ello se considera que, habiendo presentado la recurrente la documentación correspondiente a la acreditación del cumplimiento de las normas UNE-EN 455, el etiquetado y demás documentación obrante en el expediente, el órgano de contratación debe analizarla en su conjunto como hace la recurrente en su recurso y en el informe pericial, para concluir si se acredita y poner de manifiesto el razonamiento por el que en su caso no se entienda acreditada.

En cualquier caso, en virtud del principio de igualdad de trato entre los licitadores, previsto en el artículo 1 de la LCSP, si el órgano de contratación ha aceptado a otras licitadoras la presentación de la declaración responsable para acreditar la trazabilidad exigida, pudo requerírsela a la recurrente antes de proceder a la exclusión de su oferta.

Debemos recordar que 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 de que la misma es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones contenidas en el pliego técnico”.

El informe de la comisión técnica sobre el informe pericial sigue <<3^o.Dando respuesta al tercer punto de las conclusiones del documento n^o IO informe pericial "Que otros licitadores, presentando una documentación idéntica (/BER/AN CARE) o incluso mucha menos documentación (CELULOSAS VASCAS / ITURRI), se les ha valorado positivamente por la mesa utilizando un criterio totalmente diferente para Unión 50 perjudicando a ésta" no compartimos la opinión de D. E. G. respecto a la arbitrariedad y trato desigual de los licitadores del que hace mención en esta alegación. A todos los licitadores se les exige el mismo cumplimiento del PPT.>>.



De nuevo se limita a afirmar que no comparte la opinión del autor del informe pericial sin más explicación.

No obstante, no cabe apreciar trato discriminatorio respecto a las licitadoras ITURRI, S.A. y CELULOSAS VASCAS, S.L., por cuanto lo alegado por la recurrente se refiere a la documentación presentada en respuesta al requerimiento de subsanación del 1 de marzo de 2023, en el que a ambas se le requería la “*Documento que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada y el producto ofertado, para poder certificar que los guantes a suministrar están libres de residuos de aceleradores químicos de la producción, conforme a lo exigido en el PPT*”, diferente a la documentación que permita establecer una correcta trazabilidad entre la documentación aportada y el producto ofertado, para poder certificar que los guantes a suministrar cumplen con las normas UNE-EN 455, cuyo rechazo se discute en el presente recurso, por cuanto, no puede admitirse como pretende la recurrente, que se le haya dado un trato desigual ante una información idéntica o equivalente.

Tampoco pueden admitirse las alegaciones sobre que el trato discriminatorio en relación con las licitadoras IBERIAN CARE 2016, S.L, 4 GASA, GAMMA SOLUTION, CV MEDICAL o ALBAZUL son suficientes para apreciar una desigualdad, pues como se ha indicado, la documentación ha de ser analizada en su conjunto, sin que sea suficiente considerar la descripción del producto en algún documento para ello, y sin que este Tribunal pueda prejuzgar que por otras causas se haya producido algún trato discriminatorio.

Respecto al apartado “4^o.*Dando respuesta al cuarto punto de las conclusiones del documento n ° 10 informe pericial “El Tribunal da mayor valor a declaraciones privadas de fabricantes asiáticos que a certificaciones y documentación oficiales emitidas y controladas por la legislación de la Unión Europea y sus estados miembros, al mismo tiempo que no admite declaraciones de empresas, fabricantes y distribuidores europeos” no estamos de acuerdo con esta afirmación realizada por D. E. G. G., no se trata de dar mayor valor a unas declaraciones privadas presentadas por fabricantes en detrimento de otras certificaciones, el hecho es que cuando un licitador presenta un estudio o ensayo elaborado por un organismo oficial del que como ya se ha reiterado no se especifica claramente que el guante analizado es el mismo que el guante ofertado por el licitador, esos “documentos privados” a los que hace mención son las “Declaraciones de Conformidad del fabricante” la cual confirma y verifica que entre el producto analizado en los ensayos presentados y el producto ofertado por el licitador si se puede establecer una correcta trazabilidad.”*

Puede observarse que de nuevo manifiesta su desacuerdo con el informe pericial sin ningún razonamiento sobre la oferta de la recurrente en concreto.

No obstante, ha de indicarse que, entre la documentación de la oferta de la ahora recurrente, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal una declaración de conformidad del fabricante “Ampri” (páginas 7 Y 19 de la “Documentación técnica requisitos PPT” de la oferta). En ella, el fabricante declara bajo su responsabilidad que el artículo número 01168 XS-XL EPIDERM PROTECT Purple Guantes de examen de nitrilo presenta conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2017/745 y en las normas EN 455.

Sin embargo, ante la ausencia de explicación, se desconoce si dicho documento se ha considerado por el órgano de contratación para llegar a la conclusión de que la trazabilidad exigida no resulta acreditada, y, si así ha sido, que razonamiento ha seguido para entender que no es válido para acreditar la trazabilidad exigida.

A mayor abundamiento, el informe de la comisión técnica realiza las siguientes precisiones sobre el documento nº 10 informe pericial:



-<<Existen en el mercado diferentes tipos de guantes de nitrilo, para que un guante de nitrilo sea considerado un EPI, debe cumplir una normativa concreta, que queda reflejada a través del marcado CE que queda impreso en el envase, una vez que un organismo notificado emite un Certificado UE de tipo o módulo B y un Certificado de Calidad de la Producción módulo C o D, estos documentos a los que hace alusión en el "documento n ° 10 informe pericial" no se ponen en duda por esta comisión técnica.>>.

Si como afirma la comisión técnica, no se ponen en duda los documentos mencionados, es importante resaltar que este Tribunal ha podido constatar en la documentación del expediente de contratación, que en el certificado de control de la producción módulo D, como alega la recurrente “*el único tipo de guante que en su descripción incluye la expresión “Low Dermatitis” y que es fabricado por KOSSAN INTERNATIONAL es el PFN LD. Así, un informe de la 455 del fabricante KOSSAN INTERNATIONAL con un guante que se describa como Low Dermatitis no puede ser otro que el PFN LD y por consiguiente el Epiderm Protect ofertado por Unión 50.*”.

Sin embargo, a pesar de la argumentación de la recurrente sobre dicho documento para acreditar la trazabilidad exigida, el órgano de contratación no se pronuncia al respecto, desconociéndose si dicho documento ha sido considerado en relación con el resto de la documentación presentada por la ahora recurrente para acreditar la trazabilidad exigida.

-“Para que sea considerado un producto sanitario sin embargo, al tratarse de un producto sanitario Clase I, no es necesario que un Organismo Notificado certifique que se trata de un producto sanitario, es el proveedor el que a través de una Declaración de Conformidad confirma que el producto que oferta cumple con la normativa. Pues bien, es en este contexto, en el que se solicita a través del PPT al licitador que vaya a ofertar en la licitación que cumpla con una normativa que justifique este cumplimiento a través de una serie de ensayos trazables con el producto ofertado.

En el caso que nos ocupa, esta comisión técnica puede afirmar que el producto ofertado por UNIÓN 50 S.L con nombre (Epiderm Protect Purple) y referencias PNL LD-L/PNL LD-S/PNL LD-M cumplen con la normativa aplicable a EPI, ya que existe un Organismo Notificado que así lo certifica CE 2797 a través del Certificado UE de tipo, módulo B número 2777/10013-05/E00-00 y el certificado de calidad de la producción módulo D número CE 683313.

Sin embargo, no puede afirmar que este producto se trate de un producto sanitario, ya que aunque existe una Declaración de Conformidad redactada por el propio proveedor según la norma, los ensayos aportados que deben justificar este cumplimiento no permiten la identificación del producto ofertado.”.

En este apartado del informe sí se hace referencia a la documentación aportada por la propia recurrente, pero para afirmar, ahora en vía de recurso, que “*no puede afirmar que este producto se trate de un producto sanitario”.* Puesto que esta cuestión no tiene relación con la causa de exclusión que se discute, no cabe realizar ningún pronunciamiento al respecto, aunque siendo una característica de suma importancia debió haberse analizado debidamente en el procedimiento de adjudicación por el órgano de contratación, en lugar de ponerlo de manifiesto en este momento.

No obstante, y sin prejuzgar que el producto ofertado sea o no un producto sanitario, como afirma la propia comisión técnica, consta en el expediente de adjudicación que la recurrente aportó una declaración de conformidad, la misma a la que ya se ha hecho referencia, una declaración de conformidad del fabricante “Amprí” (páginas 7 Y 19 de la “Documentación técnica requisitos PPT” de la oferta), en la que el fabricante declara bajo su responsabilidad que “*es un producto sanitario de la clase 1*”, a la que, sin embargo, no le otorga validez al efecto.



Al mismo tiempo, llama la atención que tampoco llega a afirmar que no sea un producto sanitario, sino que dice no poder afirmar que lo sea y de nuevo deja sin explicación la razón de porque considera que “los ensayos aportados que deben justificar este cumplimiento no permiten la identificación del producto ofertado.”

Pues bien, el resto del contenido del informe técnico sobre el informe pericial es el siguiente, en el que reitera manifestaciones ya realizadas:

-Con respecto a las normas UNE-EN 455 el licitador UNIÓN 50 S.L presenta una Declaración de conformidad de “AmPri GmbH” indicando que la referencia (01168) cumple con las normas “UNE EN 455-1:2020, 455-2:2015, 4553:2015,455-4:2010”, sin establecer equivalencia con el producto ofertado y un informe basando la trazabilidad del producto con el fabricante “Kossan International Sdn.Bhd”, con el tipo de guante y un esquema gráfico con el etiquetado de la caja, relacionando esta documentación entre el ensayo solicitado “normas UNE-EN 455” y el producto ofertado por el licitador “UNION 50 S.L” (Epiderm Protect Purple) a través de la denominación “Low Dermatitis”, al verificar la documentación presentada se observa que el concepto “Low Dermatitis” hace referencia a una característica del guante de forma genérica, lo que implica que se puede aplicar a cualquier guante de esas mismas características técnicas.

Según queda expuesto en las consideraciones de la resolución 67/20 3 del TARCJA con respecto al licitador UNIÓN 50, S.L en relación al cumplimiento y las Normas UNE-EN 455: “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”

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 modulo D y del informe del 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 la muestra de los ensayos de las Normas UNE-EN: 1,2,3 y UNE-EN 4 que han sido realizados sobre el mismo guante, y no sobre otro tipo de guante, también fabricado por Kossan Internationat Sdn. Bhd solicitante 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 el cumplimiento de las normas UNE-EN 455 quede el producto debidamente identificado.

Como bien dice la norma aportada, el informe debe incluir el tipo de guantes y el 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.

Al contrario de lo que han hecho otros licitadores en la misma situación, a través de una declaración responsable del fabricante que especifica que el ensayo presentado se ha realizado sobre el producto ofertado, el licitador UNIÓN 50 S.L presenta una serie de documentos con imágenes con diagramas de flechas realizadas por ellos mismos con los que no podemos confirmar que estos guantes puedan ser utilizados como productos sanitarios, importante, ya que, entre otras cosas, la carga microbiana tiene que cumplir unos parámetros específicos para poder utilizarlos en el ámbito hospitalario y en un contexto de protección a la salud.

Si la licitación fuera referida sólo a EPI para protección del personal el pliego así como la valoración de los productos podría ser diferente, al licitar además producto sanitario hay que estar muy seguro del cumplimiento de todos los parámetros, porque además del personal se debe proteger al paciente, de este modo, esta comisión técnica se reafirma en su decesión”.



Conviene señalar aquí, que respecto a la valoración efectuada por la comisión técnica y aceptada por el órgano de contratación, sobre el cumplimiento de los requerimientos técnicos contenidos en el PPT, y la revisión de la documentación técnica, este Tribunal ha indicado en otros supuestos (v.g. Resolución 445/2020, de 11 de diciembre) que si bien el marco de la discrecionalidad técnica con los límites determinados por la jurisprudencia, opera sin lugar a dudas en la valoración de las ofertas con arreglo a criterios dependientes de un juicio de valor, cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT se reduce el margen de discrecionalidad porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple unos requisitos técnicos concretos.

No obstante, puede haber supuestos, como el presente, en que para la verificación del cumplimiento de las ofertas respecto a las prescripciones exigidas en el PPT además de la comprobación o comparativa entre las especificaciones del producto se requiera un análisis o pronunciamiento técnico de mayor complejidad, y proceda acudir a la doctrina de la discrecionalidad técnica. Sobre lo anterior, este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas su Resolución 239/2020, de 9 de julio, indica que *“(…) la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que «la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.*

De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega».

Pues bien, aunque es cierto, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso que el informe pericial aportado por la recurrente como documento nº 10 *“adolece de la imparcialidad de la que goza el referido informe de 23 de marzo de 2023”*, procede traer a colación la Resolución 458/2022 de este Tribunal, *“este Tribunal tiene una asentada doctrina sobre la cuestión (v.g. Resoluciones 105/2020, de 1 de junio, 250/2021, de 24 de junio y 275/2022, de 20 de mayo), según la cual los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega”.*

En el presente supuesto, la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos del órgano de contratación queda desvirtuada al haberse acreditado el desconocimiento del proceder razonable del órgano de contratación por la ausencia de justificación del criterio adoptado para concluir que con la documentación aportada por la recurrente no queda acreditada la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455.

La clamorosa parquedad y la insuficiencia de motivación ofrecida por el órgano, y en la medida que se trata de una cuestión no jurídica, sino técnica que compete apreciar al órgano de contratación, la insuficiente motivación sustrae a este Tribunal de conocer las razones de la decisión que se recurre.



Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013), aunque referente a la valoración de las ofertas, para que la discrecionalidad pueda ser controlada jurisdiccionalmente y se respete la interdicción de la arbitrariedad, se exige la oportuna motivación, siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna.

Asimismo, la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de julio de 1984 manifiesta que “(...) lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como “sit pro razione voluntas”, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación”.

El Tribunal Constitucional también ha abordado la cuestión y en su Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre, ha precisado que «la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad». El criterio expuesto ha sido, igualmente, asumido por este Tribunal.

Así, en la Resolución 418/2015, de 17 de diciembre, se señalaba que «(...) la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que, en caso de ser contravenida, generaría indefensión.» En definitiva, pues, la motivación es un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas.

Aplicando estas consideraciones al presente caso este Tribunal aprecia una insuficiente motivación del informe técnico, 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 considera que la oferta ha de ser excluida por no cumplir el PPT, pero de una manera 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, permitir a este Tribunal ejercer su control.

En definitiva, a la vista del informe técnico que sirve de base al acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, no puede sostenerse ausencia de motivación, aunque sí que la motivación es insuficiente, por lo que procede la estimación del recurso.

OCTAVO. Efectos de la estimación parcial del recurso.

Por tanto, al no apreciarse ausencia, sino insuficiencia de motivación y afectar este defecto al informe técnico, debe anularse el acto de exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión de dicho informe, para que ateniéndose a lo dispuesto en el apartado 3 del PPT “El etiquetado de las cajas y sus instrucciones deberán constar en español y deberá permitir la trazabilidad del producto y sus certificados”, se proceda a analizar el conjunto de la documentación aportada por la recurrente y considerando lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de la presente Resolución, justifique adecuada y suficientemente si queda o no acreditada la trazabilidad entre el producto ofertado y el cumplimiento de las normas UNE-EN 455. No obstante, la retroacción acordada no será obstáculo para que se mantenga la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción denunciada.



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 **UNIÓN 50, S.L.**, contra el acuerdo, de 19 de mayo de 2023, de exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación 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, y en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda según lo indicado en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación del presente procedimiento acordada el 11 de agosto de 2023.

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.

