

**Recurso 5/2013.
Resolución 17/2012.**

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

Sevilla, 21 de febrero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SYSTAGENIX WOUND MANAGEMENT, S.L** contra la resolución, de 19 de diciembre de 2012, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otros, el lote 59 del contrato denominado “Suministro de material de curas” (Expte. PAAM 49/2011) este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de agosto de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato denominado “Suministro de material de curas”, siendo entidad adjudicadora el Servicio Andaluz de Salud.

Asimismo, el 17 de agosto de 2012, el citado fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 197 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 5.712.865,56 euros.

SEGUNDO. El objeto del contrato se encuentra fraccionado en 107 lotes - según se determina en el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que rige la contratación-

siendo únicamente objeto del presente recurso el lote 59 cuya descripción, conforme al Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), es la siguiente:

- Genérico de Centros: D96374
- Código Universal: SU.PC.SANI.01.00.01.200037
- Atributos determinantes de la compra: Apósito C/ CARBÓN Y PLATA. – Adhesivo: no; Necesita soporte: sí; Grosor: estándar; Superficie activa: (0-400); Porcentaje de plata: 0.18; Ancho superficie activa: (10 - 12.5); Longitud superficie activa: (17.5 - 20)

CUARTO. Tras el examen de la documentación presentada por las empresas licitadoras para su valoración conforme a los criterios de adjudicación, el 19 de diciembre de 2012 se dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 59 fue adjudicado a la empresa FARMABAN, S.A.

La citada resolución fue remitida por fax a la empresa recurrente SYSTAGENIX WOUND MANAGEMENT, S.L, el 19 de diciembre de 2012.

QUINTO. El 9 de enero de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por SYSTAGENIX WOUND MANAGEMENT, S.L contra la resolución de adjudicación del lote 59 del contrato.

Mediante oficio de 14 de enero de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole para que aportara el expediente de contratación, un informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos precisos a efectos de notificaciones.

La citada documentación fue recibida en este Tribunal el 24 de enero de 2013.

SEXTO. Mediante escrito de 24 de enero de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado en plazo la entidad FARMABAN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto impugnado es la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, ostentando el Servicio Andaluz de Salud la condición de poder adjudicador y Administración Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 apartados 2 y 3 del TRLCSP.

Por tanto, es procedente el recurso especial contra la citada resolución.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

El artículo 151.4 del citado texto legal dispone que *“La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante (...)”*

Asimismo, el artículo 44.3 del TRLCSP dispone que *“La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en del órgano competente para la resolución del recurso.”*

En el expediente de contratación consta que la resolución de adjudicación se remitió por fax a la empresa recurrente el 19 de diciembre de 2012, por lo que, habiéndose presentado el recurso especial en el Registro de este Tribunal el 9 de enero de 2013, el mismo ha sido interpuesto dentro del plazo legal antes referido.

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada. El recurso se sustenta en los siguientes argumentos:

- La empresa adjudicataria ha ofertado para el lote 59 el producto VLIWAKTIV AG 10 cm x 20 cm. El PPT exige para dicho lote un ancho que, como mínimo, ha de ser mayor de 10 cm (el ancho de 10 cm queda fuera del intervalo exigido), mientras que el producto de la adjudicataria, según declara su ficha técnica, tiene una medida de ancho de 10 cm.
- En el informe pericial que se adjunta se han medido una pluralidad de muestras del producto de la adjudicataria, obteniéndose las siguientes

medidas máximas y mínimas de las muestras adquiridas en diversas farmacias:

22,1 cm x 10,3.

22,5 cm x 10,3.

23,1 cm x 10,2.

24,2 cm x 10,3.

En consecuencia, con esta medición se observa que el producto ofertado por la adjudicataria sobrepasa las medidas impuestas por el PPT, ya que éste establece una medida máxima de 20 cm y la medida mínima de longitud del producto en las muestras reales analizadas alcanza 22,1 cm.

- La comisión técnica que intervino en el procedimiento de adjudicación dio por válida una muestra sin comprobar sus medidas y en el caso de que las hubiera comprobado, ha utilizado una metodología equivocada al examinar una sola muestra en lugar de una pluralidad, toda vez que las medidas del producto ofertado por la adjudicataria superan con creces las exigencias del PPT.
- No existe cosa juzgada con base en la Resolución de este Tribunal 101/2012, de 23 de octubre, dictada en el Recurso 94/2012, ya que el acto revisado en este momento es la resolución del Director Gerente de Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío, que es distinto al impugnado en aquel recurso, a saber, la resolución del Director Gerente del Hospital Torrecárdenas.

Por tanto, en el recurso se solicita la anulación de la adjudicación del lote 59, a fin de que se declare excluida la oferta de la adjudicataria al citado lote y se acuerde la adjudicación del mismo a la recurrente.

Por su parte, en el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación se manifiesta lo siguiente:

- Conforme a la Resolución de 3 de noviembre de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se modifica el contenido, funcionamiento y denominación del Banco de Productos y Materiales de Consumo del Servicio Andaluz de Salud, la inscripción de los productos en el citado Banco se llevará a cabo por las empresas proveedoras y una vez completada la inscripción, el Banco emitirá automáticamente el Código de Identificación del Producto.

Asimismo, se indica en aquella Resolución que el citado código deja de ser sinónimo de certificado de aptitud y sólo tras la evaluación efectiva del producto, que tendrá lugar durante el procedimiento de contratación de los acuerdos marco centralizados, el código de identificación del producto pasará a ser código homologado.

- En el supuesto concreto, el código de los productos se encuentra en estado de “certificado” y no “homologado”, por lo que han tenido que evaluarse las ofertas de los licitadores en el concreto procedimiento de adjudicación del contrato a que se refiere el recurso.

Finalmente, la entidad adjudicataria FARMABAN, S.A. efectúa las siguientes alegaciones sobre el recurso interpuesto:

- El producto analizado en el informe pericial que aporta la recurrente es el suministrado en Alemania y no en España.
- Aunque la ficha técnica del producto Vliwaktiv Ag señala que las medidas del producto son 10 cm x 20 cm, se trata de un valor nominal pues el producto tiene como medidas de ancho reales: 10,1/10,2 cm dependiendo de la muestra valorada.
- El producto ya fue valorado por el Servicio Andaluz de Salud y lo validó con el Genérico de Centro vigente.

Expuestas las argumentaciones de las partes, procede analizar con carácter previo si la Resolución de este Tribunal 101/2012, de 23 de octubre, produce efectos de cosa juzgada en relación con el recurso sometido ahora a conocimiento de este Tribunal. En primer lugar, procede indicar que el efecto de la cosa juzgada es de plena aplicación al ámbito administrativo como ya tiene reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Asimismo, el Alto Tribunal sostiene que la cosa juzgada material aparece ligada a sentencias firmes – en nuestro caso, resoluciones administrativas- que resuelvan sobre el fondo del asunto y que vinculan en un procedimiento posterior cuando entre lo planteado en éste y lo ya resuelto exista plena identidad de personas, cosas y causas.

De este modo, la cosa juzgada se concreta en la vigencia del principio “non bis in idem” y para que pueda apreciarse será necesario que el objeto ya juzgado (res iudicata) sea idéntico al objeto que se está debatiendo en un proceso posterior (res iudicanda), que la acción se configure entre las mismas personas y que concurra la misma causa de pedir.

Pues bien, no es posible concluir que aquella resolución anterior de este Tribunal produzca efectos de cosa juzgada en el actual procedimiento, toda vez que no concurren las tres identidades antes mencionadas, pues, aunque en ambos recursos el recurrente, el objeto de los lotes y la pretensión deducida son los mismos, los órganos de contratación son diferentes en los dos casos. Además, se trata de contratos independientes, por mucho que el objeto de los lotes en uno y otro recurso sea el mismo y tenga los mismos atributos y medidas.

Entrando ya a analizar la cuestión de fondo, debe tenerse en cuenta la Resolución de 3 de noviembre de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud (en adelante, SAS), por la que se modifica el contenido, funcionamiento y denominación del Banco de Productos y Materiales de Consumo del Servicio Andaluz de Salud, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 2, de 4 de enero de 2011. En la citada resolución se

establece que el Código de Identificación del Producto, obtenido por el procedimiento electrónico-automático que se describe en la misma, es la asociación por parte de la empresa del producto que comercializa al artículo genérico del Catálogo, cuyo estado es el de código <<Certificado>>. Sólo tras la evaluación efectiva del producto que tendrá lugar durante el procedimiento de contratación de los acuerdos marco centralizados, el Código de Identificación del Producto pasará a ser código <<Homologado>>.

Asimismo, en la citada resolución del SAS se señala que:

- Una vez adjudicado el acuerdo marco, los productos seleccionados de las empresas adjudicatarias, identificados por los CIPs, pasarán al estado de homologados y cuando haya zonas del catálogo que no queden en régimen de homologación por haber quedado desiertos los lotes, no haber sido objeto del acuerdo marco o tratarse de códigos de nueva creación, la comisión técnica u órgano gestor del expediente solicitará las muestras para su evaluación técnica y funcional, conforme a los criterios recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco de homologación.
- Cuando los productos a adquirir correspondan a códigos no homologados pertenecientes a acuerdos marco anteriores al nuevo procedimiento de obtención del Código de Identificación del Producto, la comisión técnica u órgano de gestión del expediente solicitará las muestras y evaluará los productos conforme a los criterios recogidos en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares de la contratación.

En el informe sobre el recurso y documentación adjunta que remite el órgano de contratación se constata que el producto ofertado por la empresa adjudicataria no se encuentra homologado, es decir, no ha sido objeto de evaluación efectiva en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco centralizado, al igual que ocurre con el producto ofertado por la recurrente. Ello justifica que, de conformidad con la Resolución del Servicio Andaluz de Salud antes citada, la

comisión técnica encargada de evaluar las ofertas en el procedimiento de adjudicación del contrato a que se refiere el presente recurso haya tenido que valorar muestras de los productos estimando, respecto al lote 59, que el producto ofertado por la empresa adjudicataria cumple con los requisitos solicitados en los pliegos.

En cambio, la recurrente alega que la oferta de dicha empresa no cumple los requisitos del PPT, tanto si se tiene en cuenta la ficha técnica del producto como la medición real de una pluralidad de muestras del mismo. Para corroborar este extremo aporta un informe de inspección de varias muestras del producto de la entidad FARMABAN S.A.

El órgano de contratación nada manifiesta respecto a los resultados que arroja el citado informe, es decir, no aporta información o alegación adicionales para apoyar la valoración realizada en su momento por la comisión técnica del hospital respecto a la muestra del producto adjudicado.

Es por ello que este Tribunal, aparte de las alegaciones de las partes, sólo dispone de los datos que arroja el informe aportado por el recurrente, cuya veracidad no ha sido discutida de contrario, pues el órgano de contratación no manifiesta oposición expresa al mismo y la empresa adjudicataria se limita a señalar que el producto analizado en dicho informe es el suministrado en Alemania y no en España. No obstante, esta alegación no demuestra nada pues ni siquiera se manifiesta que los productos suministrados en ambos países sean distintos. Más al contrario, el producto adjudicado a FARMABAN, S.A, según el documento denominado “Gestión de ofertas técnicas” que adjunta el órgano de contratación con su informe sobre el recurso, tiene la referencia 20706, que es precisamente la misma que aparece en las muestras inspeccionadas en el informe emitido a instancia de la recurrente, lo cual permite concluir que las muestras analizadas en el informe de inspección corresponden al producto adjudicado.

Llegados a este punto, también procede indicar que en el supuesto analizado por la Resolución de este Tribunal 101/2012, de 23 de octubre, los argumentos de la recurrente se estimaron insuficientes para desvirtuar el proceso de evaluación efectuado por un órgano técnico y especializado de la Administración que, además, había valorado una muestra real del producto frente a los datos nominales de la ficha técnica a que se refería el recurrente. No obstante, en el caso ahora analizado, los motivos del recurso vienen avalados por el análisis de muestras reales del producto adjudicado, de ahí que las razones que llevaron en aquel caso a este Tribunal a desestimar el recurso no sirvan sin más para fundar la desestimación de la actual impugnación. En definitiva pues, procede analizar los argumentos del recurso a la luz del informe de inspección que se aporta con el mismo.

En el apartado 5 del mencionado informe se indica que las actividades de inspección sobre muestras del producto de la adjudicataria adquiridas en dos farmacias distintas son las siguientes:

Medidas máx./min REF 20706 22,1 cm x 10,3 cm
22,5 cm x 10,3 cm
23,1 cm x 10,2 cm
24,2 cm x 10,3 cm.

Al respecto, conviene recordar que el producto del lote 59 se describe en el PPT con los siguientes atributos y medidas: Apósito C/ CARBÓN Y PLATA – Adhesivo: no; Necesita soporte: sí; Grosor: estandar; Superficie activa: (0-400); Porcentaje de plata: 0.18; Ancho superficie activa: (10 - 12.5); Longitud superficie activa: (17.5 – 20).

En consecuencia, de la medición real de muestras inspeccionadas se desprende que el producto adjudicado está dentro del intervalo del ancho de superficie activa pero supera la longitud de superficie activa exigida en el PPT(20 cm) como mínimo en 2,1 cm.

Además, se da la circunstancia de que en los datos de la ficha técnica del artículo que adjunta el órgano de contratación con el informe sobre el recurso no se especifica ninguna observación sobre porcentaje de margen permitido en más o en menos sobre las medidas descritas en el PPT. Por tanto, cualquier muestra de un producto que sobrepase los 20 cm no cumple con las medidas exigidas, como ocurre en el caso del producto adjudicado a la empresa FARMABAN, S.A en el lote 59 del contrato.

Frente a esta evidencia no cabe dar primacía a la conclusión sentada por la comisión técnica de valoración cuando concluye que la muestra presentada por FARMABAN, S.A cumple con los requisitos solicitados, pues el informe sobre el recurso no aporta argumentos que refuercen aquella conclusión o contrarresten los resultados de la actividad de inspección realizada a instancia del recurrente.

A la vista de lo anterior, procede estimar el recurso interpuesto y anular la resolución de adjudicación del lote 59 del contrato en cuestión, a fin de que, previa declaración de exclusión de la oferta presentada por la empresa adjudicataria, se proceda a dictar la resolución que corresponda respecto a la adjudicación del citado lote.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, **este Tribunal**

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SYSTAGENIX WOUND MANAGEMENT, S.L** contra la resolución, de 19 de diciembre de 2012, del Director Gerente de los Hospitales Universitarios Virgen Macarena y Virgen del Rocío pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica, entre otros, el lote 59 del contrato denominado “Suministro de material de curas” (Expte. PAAM 49/2011).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA PRESIDENTA