

Recurso nº 377/2024
Resolución nº 409/2024

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 24 de octubre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CELULOSAS VASCAS, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, de 29 de agosto de 2024, por la que se adjudica el Lote 2 del contrato de “Suministro de Guantes de Uso Sanitario para el Hospital Universitario de Getafe”, licitado por ese Hospital con número de expediente PAPC 2024-1-22, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en el DOUE el 30 de abril de 2024 y en el Portal de Contratación Pública el 6 de mayo, con rectificación posterior de 29 de mayo de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en tres lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 320.827,76 euros y su plazo de duración será de veinticuatro meses.

A la licitación del lote impugnado se presentaron tres ofertas, entre ellas, la de la recurrente.

Segundo. - Realizados por la Mesa de contratación los actos de apertura y calificación de requisitos previos, apertura y valoración de los distintos criterios y tras la exclusión de la oferta de TELIC, SAU del Lote 2, por incumplimiento de prescripciones técnicas, la Mesa, en sesión de 27 de agosto de 2024, propone la adjudicación del Lote 2 a IBERIAN CARE, S.L.

Mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, de 29 de agosto de 2024, se adjudica el Lote 2 impugnado a IBERIAN CARE, S.L.

Tercero. - El 19 de septiembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CELULOSAS VASCAS, S.L., impugnando la resolución de adjudicación del Lote 2 y solicitando la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento.

En fecha 29 de septiembre de 2024 se recibe en este Tribunal el expediente de contratación y el informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto. - La tramitación del Lote 2 del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre,

sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En el plazo otorgado, se han presentado alegaciones por parte de IBERIAN CARE, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar en el lote impugnado, que pretende la anulación de la adjudicación realizada y la nueva adjudicación del lote en su favor, por tanto, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*”, de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación en el recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 29 de agosto de 2024 que fue publicado en el Portal y notificado en la misma fecha. Por su parte, el recurso se presentó, en este Tribunal, el día 19 de septiembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. – El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación, en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso, fundamenta la recurrente su pretensión en dos incumplimientos de la oferta del adjudicatario y en la incorrecta valoración de uno de los criterios de evaluación automática mediante fórmula. Son tres los motivos de impugnación:

- I. Incumplimiento de una prescripción técnica obligatoria: Iberian Care no cumple con la normativa EN ISO 374-5/2016 o equivalente, ya que el producto ofertado no cumple con la protección contra virus exigida en el procedimiento de adjudicación.
- II. Incumplimientos regulatorios: documentos firmados por diferentes actores, riesgo de falta de trazabilidad ante posibles problemas de seguridad. Incompatible con el Derecho de la Unión.
- III. La documentación acreditativa del criterio automático no se corresponde con el producto presentado: la empresa Iberian Care NO debió obtener 10 puntos en la fase de aplicación de los criterios de adjudicación.

Respecto del incumplimiento de la protección contra virus de los guantes a ofertar al Lote 2, señala la recurrente que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) detalla una serie de características técnicas para el guante sintético polilisopreno de atenuación radiológica estéril, entre las que se encontraba la siguiente: Resistencia a la penetración de microorganismos según normativa EN-ISO 374-5/2016.

A juicio de la recurrente esto implica que debe cumplirse el estándar internacional de resistencia a la penetración de todos los microorganismos que marca la normativa europea: bacterias, hongos y virus.

Señala que la Nota Técnica de Prevención (NTP) nº 114, del año 2020, del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo señala:

...2. GUANTES DE PROTECCIÓN CONTRA MICROORGANISMOS

»(...). La norma armonizada elaborada para verificar el cumplimiento de un guante que ofrece esta protección con los requisitos esenciales del Reglamento (UE) 2016/425 es la norma UNE-EN ISO 374-5:2016, Guantes de protección contra los productos químicos y los microorganismos peligrosos. Parte 5: Terminología y requisitos de prestaciones para riesgos por microorganismos:

» Esta norma especifica las características y los métodos de ensayo aplicables a los guantes de protección frente a microorganismos, distinguiendo entre guantes que sólo protegen frente a bacterias y hongos y los que, además, protegen frente a la penetración de virus. Cada tipo de guante va acompañado de su mercado específico.

» La protección frente a bacterias y hongos se evalúa por la ausencia de agujeros en los guantes. Los dos métodos usados para la detección de agujeros son el ensayo de fuga de agua y el de fuga de aire, que determinan la resistencia a la penetración y se describen en la norma de ensayo UNE-EN 374-2:2016.

Sin embargo, no puede asegurarse que estos ensayos sean suficientes para detectar algún poro muy pequeño y constituyan una barrera efectiva contra los virus por ser microorganismos de menor tamaño.

La protección frente a virus se evalúa a través de un requisito que implica superar un tercer ensayo más específico (norma ISO 16604, procedimiento B). Este requisito no estaba incluido en las normas derogadas de la serie 374 previa. El ensayo según la ISO 16604 determina la resistencia a la penetración de un

fluido biológico simulado y contaminado con bacteriófago Phi-X1...

Por tanto, para cumplir con la norma EN ISO 374-5: 2016 y, por ende, con el pliego técnico, era necesario que el guante presentado hubiera sido testeado mediante la evaluación de la resistencia frente a virus. Pero incluso si el Órgano no hubiera querido que los licitadores cumplieran con la totalidad de la norma, podría haber referenciado qué parte de la norma tenían que cumplir. Por ello, entiende que queda claro que, al referirse al 'cumplimiento de la norma EN ISO 374-5:2016', se está confirmando que el producto ofertado debe cumplir con la totalidad de los niveles de protección recogidos en la norma, es decir: microorganismos peligrosos, incluyendo específicamente los virus.

Y como menciona la nota técnica referida, esta actualización fue necesaria porque la norma previa no ofrecía una protección adecuada contra los virus, lo que representa un evidente riesgo sanitario.

Sentado lo anterior, manifiesta que, aunque el producto presentado por la adjudicataria cumple con la protección ante bacterias y hongos, no ha superado el examen de protección contra virus, incumpliendo así el requisito técnico solicitado. Esto se ha detectado al revisar el certificado UE de tipo para EPI (emitido por el Organismo Notificado SATRA), presentado por Iberian Care, el cual indica que no se ha realizado el ensayo de protección contra virus, como se evidencia por la marca 'x', que significa 'no ensayado frente a virus', según la norma EN ISO 374-5:2016, por lo que debería excluirse la oferta.

Sobre la base de lo alegado por la recurrente, el órgano de contratación manifiesta en su informe que el servicio de Prevención de Riesgos Laborales revisó las fichas técnicas y la de la adjudicataria indicaba que los guantes incluían protección frente a virus.

Añade que dio por buena esa información confiando de buena fe en la

veracidad de los datos, y que, consultada la documentación traducida respecto a certificaciones, no se recoge de modo explícito que los guantes estén testados frente a virus. A ello hay que añadir que la Certificación UE adjuntada en su versión en inglés especifica claramente que los guantes no han sido testados frente a virus, evidenciándose que la información aportada en la ficha técnica no se ajusta a la realidad.

En atención a lo anterior concluye que los guantes ofertados por el adjudicatario sólo cumplen la Norma UNE-EN ISO 374-5:2016 respecto a la protección frente a bacterias y hongos, pero no frente a virus.

E informa a este Tribunal de que esta información será trasladada a la Mesa de contratación para que se proceda a la retroacción de actuaciones al momento de valoración técnica de las proposiciones.

En tercer término, el adjudicatario señala en su escrito de alegaciones que en el Certificado de Examen UE de Tipo (módulo B), emitido por SATRA Technology (organismo notificado 2777), concretamente en la segunda mitad inferior, se incluyen las normas con las que cumple el guante, entre las que se encuentra la norma EN 374-5:2016.

Admite que en el Certificado aportado aparece una cruz en la parte de la protección contra virus indicando que no consta un test de acuerdo con ISO 16604, pero aporta una carta oficial del Organismo Notificado SATRA Technology (ON 2777) emitida el 4 de abril de 2024 donde declara que el certificado está en proceso de revisión tras haber ejecutado los ensayos positivos para probar la protección contra virus.

Teniendo en cuenta que el PPT no solicitaba que protegiera contra virus, sino solo que cumpliera con EN 374-5:2016, informa que no consideró relevante enviar este anexo anteriormente, pues las características de un guante de atenuación

radiológica (grosor, materiales, tipo de protección contra radiaciones y químicos, etc.) hacen que proteja también frente a virus.

Vistas las alegaciones de las partes, debe señalarse que el órgano de contratación se allana a la pretensión de la recurrente relativa al incumplimiento de la protección contra virus de los guantes ofertados por IBERIANCARE.

Como ya manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015 y más recientemente la Resolución nº 28/2021, de 21 de enero: “*El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP (actual 57.2 LCSP) establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante, a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo*”.

Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión, procediendo en este punto acudir a la regulación de esta prescripción técnica en los pliegos.

Estipula el PPT en su apartado 2, que los guantes a ofertar en el Lote 2 deben cumplir con la resistencia a la penetración de microorganismos según normativa EN ISO 374-5:2016 o equivalente.

La norma armonizada elaborada para verificar el cumplimiento de un guante

que ofrece esta protección con los requisitos esenciales del Reglamento (UE) 2016/425 es la norma UNE-EN ISO 374-5:2016. Esta norma especifica las características y los métodos de ensayo aplicables a los guantes de protección frente a microorganismos, distinguiendo entre guantes que sólo protegen frente a bacterias y hongos y los que, además, protegen frente a la penetración de virus.

Los pliegos que rigen esta licitación exigen el cumplimiento de la norma UNE referida con carácter general, sin que se limite la protección sólo frente a bacterias y hongos y sin que se excluya expresamente la protección frente a virus.

Es doctrina consolidada la que entiende que los pliegos son la ley del contrato y obligan por igual a los licitadores y al órgano de contratación.

Por su parte, el artículo 139.1 de la LCSP establece “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”.

De la documentación aportada por la adjudicataria a la licitación y de sus alegaciones, se deduce que los guantes ofertados no cumplen con la protección contra virus, lo cual ha sido comprobado técnicamente por el órgano de contratación tras la interposición del recurso especial por parte de CELULOSAS VASCAS.

Por otro lado, no puede tenerse en cuenta la documentación aportada por la adjudicataria en sus alegaciones al recurso, documentación que no constaba aportada a la licitación y que además sólo refiere que el certificado está en proceso de revisión.

Procede, en consecuencia, estimar el primer motivo alegado por la recurrente, que determinaría la exclusión de la oferta presentada al Lote 2 por IBERIAN CARE, resultando innecesario entrar en el análisis del resto de los motivos aducidos por la recurrente.

Se estima el recurso presentado, anulando la adjudicación del Lote 2 efectuada en favor del Lote 2, con retroacción de actuaciones al momento en que debió acordarse su exclusión por incumplimiento de prescripciones técnicas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CELULOSAS VASCAS, S.L., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Getafe, de 29 de agosto de 2024, por la que se adjudica el Lote 2 del contrato de Suministro de Guantes de Uso Sanitario para el Hospital Universitario de Getafe, licitado por ese Hospital con número de expediente PAPC 2024-1-22.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión automática del Lote 2 prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.