

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Resolución nº 41/2016

En Madrid, a 22 de enero de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. B.P.V. obrando en nombre de SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., por D. P.B.P. en nombre de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, SA. y por D. J.H.Q.D.L. en nombre de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. contra la resolución de fecha 13 de noviembre de 2015, notificada el 24 de noviembre de 2015, de la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla La Mancha de adjudicación y declaración de lotes desiertos en el Expediente 6101T0155UM00002-CD para la contratación del suministro de tiras reactivas de glucosa en sangre con autoanalizador, guantes quirúrgicos látex sin polvo estériles, empapadores y pañales para incontinencia, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El contrato en cuyo seno se plantea el presente recurso es un contrato derivado que tiene su origen en el Acuerdo Marco 13/161, por el cual el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) procedió a la selección de suministradores de productos sanitarios para varias Comunidades Autónomas y el Ministerio de Defensa.

Segundo. A la licitación derivada del Acuerdo Marco en los lotes 6, 7, 8 y 9 concurrieron hasta un total de 5 empresas que previamente habían sido adjudicatarias del Acuerdo Marco, entre las que se encontraban las tres recurrentes.

Tercero. Tras la pertinente tramitación, es relevante destacar que el 13 de noviembre de 2015 la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla La Mancha acuerda adjudicar el contrato a la sociedad ACTIVE MEDICAL DISPOSABLE, SA., excluyendo al resto de adjudicatarios del Acuerdo Marco, incluidos los tres recurrentes.

En cada caso de exclusión los motivos de la misma se recogen de modo genérico en el Anexo de la Resolución recurrida, en la que se hace la siguiente mención: "No valorada la oferta por el Comité Técnico (no ajustados a PPT).

Esta resolución se funda en el previo informe del Comité Técnico de 19 de noviembre de 2015 en el que por cada una de las entidades recurrentes se indican los siguientes motivos de exclusión:

INDAS

1. Reposición tiras adhesivas. Al intentar reposicionar se rompe el pañal. En el Pliego de Prescripciones Técnicas se indica: "Tiras autoadhesivas reposicionables es sus extremos laterales permitiendo el reposicionamiento sucesivo sin que se vea afectada la estructura del absorbente".
2. Contorno de cintura elástico. No se observa contorno elástico, solamente lo que da de sí el polietileno, en INDAS son unos pequeños pliegues del mismo material (...) En el PPT se indica: "Contorno de cintura elástico".
3. INDAS Observaciones. La estructura es muy endeble, se rompe con mucha facilidad si se manipula sin alto cuidado. La bolsa viene en modo dispensador.

PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, SA.

1. Contorno de cintura elástico. No tiene. En el PPT se indica: "Contorno de cintura elástico". Se incluyen dos comentarios en los que se afirma "No elástico en parte trasera" y "no zona elástica parte delantera".

SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L.

1. Reposición tiras adhesivas: Al intentar reposicionar se rompe el pañal. La primera vez si se hace con cuidado en algunos casos se mantiene íntegro, pero a la segunda reposición rasgan el pañal. En el PPT se indica: "Tiras autoadhesivas reposicionables en sus extremos laterales permitiendo el reposicionamiento sucesivo sin que se vea afectada la estructura del absorbente".
2. Contorno de cintura elástico: Solamente unos centímetros en la parte de la espalda. En el PPT se indica: "Contorno de cintura elástico", si bien sí lleva elásticos en la zona trasera, no como las muestras precedentes de este informe (INDAS y Procter & Gamble).
3. Marcado CE: No cumple el etiquetado según el RD 1591/2009, en su ANEXO 1, art. 13.3.
4. Tampoco cumple con lo solicitado por el SESCOAM en relación a las muestras para la valoración técnica en el Contrato derivado, ya que se solicitaba: "Muestras: Coda Licitador debe aportar, como mínimo, las muestras siguientes para valoración técnica de sus productos Dichas muestras deberán ir en el mismo envase que se vayan a servir a los distintos centros del SESCOAM. Coda lote se corresponderá o un paquete y en cada caja, bolsa, deberá indicarse al lote que corresponde, el número del expediente y la firma comercial en el envase aportado. Las muestras deben presentarse en plazo al igual que la oferta técnica y económica."

Cuarto. Con fecha 10 y 11 de diciembre de 2015 respectivamente las recurrentes presentaron recurso especial en materia de contratación. En todos ellos se solicitaba expresamente la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos al resto de interesados para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. El 17 de diciembre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida al amparo de lo dispuesto en el artículo 45 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP y del Convenio celebrado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha el día 15 de octubre de 2012, en aplicación del artículo 41.3, párrafo cuarto, del vigente TRLCSP.

Segundo. El acto recurrido, la exclusión del licitador, es susceptible de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el art 40 del TRLCSP. El presente recurso se refiere a un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, por lo que susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Tercero. En cuanto a la legitimación, debe entenderse que las entidades recurrentes ostentan la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP para la interposición del presente recurso especial al tratarse de licitadores excluidos. Es cierto que en caso de estimarse el recurso solo una de ellas podría ser adjudicataria del contrato, pero en la medida en que el órgano de contratación no ha valorado sus ofertas este Tribunal no puede conocer cuál de ellas sería, por lo que no cabe negar la legitimación en este momento.

Cuarto. Se han cumplido los requisitos de tiempo y forma exigidos por la ley.

Quinto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1 992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 1261,1267 y 1269, ya que guardan entre sí identidad sustancial e íntima conexión al referirse a un mismo acto impugnado de la misma licitación, y fundarse sus pretensiones en similares argumentos.

Sexto. En cuanto a los argumentos de los recursos, las tres mercantiles recurrentes, con mayor o menor extensión en cada caso, coinciden en que al tratarse de un contrato derivado de un acuerdo marco en el que ya se valoraron las proposiciones de los licitadores en el aspecto técnico no sería posible que el órgano de contratación excluyese a ningún licitador por el incumplimiento de aquellas condiciones que ya estaban incluidas entre las exigencias técnicas del acuerdo marco.

En alguno de los casos los recurrentes afirman que el propio INGESA, como entidad contratante en el acuerdo marco, ya realizó consultas sobre el cumplimiento de ciertas condiciones del pliego técnico vigente

para aquél y que en ninguno de los casos, tras las pertinentes aclaraciones técnicas, se produjo la exclusión del licitador sino, antes al contrario, la adjudicación del contrato.

Como segundo argumento común a todas las recurrentes manifiestan que los productos que han aportado cumplen solventemente con las características técnicas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, aportando en apoyo de sus posturas informes técnicos que así lo avalarían.

Con independencia de la explicación de cada uno de los aspectos técnicos, en la que entraremos a continuación, la única diferencia entre los tres recursos es que en el caso de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. además de todo lo anterior se solicita que al ser la oferta económicamente más ventajosa de todos los adjudicatarios del acuerdo marco se le adjudique el contrato en este sede, haciendo un extenso análisis sobre las diferencias entre discrecionalidad técnica y arbitrariedad y solicitando que el Tribunal declare que es esta última la que concurre en el presente caso. En apoyo de toda su argumentación, pero especialmente del aspecto de cumplimiento del pliego por su oferta solicita que se pida informe al INGESA sobre el cumplimiento de las condiciones requeridas en aquel.

El órgano de contratación en sus respectivos informes entiende que en las muestras aportadas por los tres recurrentes se ha producido un incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas, que ofrece un protocolo específico para el análisis de aquellas en relación con el cumplimiento de las condiciones técnicas establecidas en el contrato. Señala también que los licitadores al presentar las muestras aceptan que estas sean valoradas por el órgano de contratación, quien en este caso ha constatado sendos incumplimientos por parte de los licitadores.

Estas afirmaciones son comunes para todos ellos. Sin embargo, en relación con el recurso de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. el informe del órgano de contratación incluye dos argumentos más, pues por un lado expone que el INGESA le ha puesto de manifiesto que la propia recurrente reconoce fallos en su proceso productivo en relación con los productos objeto del contrato y que tenía la intención de proceder a mejorar tales productos, aunque no consta documento alguno que así lo acredite y, por otro lado, afirma que los productos ofertados por INDAS no cumplen con las especificaciones técnicas del contrato original.

Séptimo. El análisis y la solución jurídica del presente recurso acumulado exigen estudiar primeramente el conjunto de las normas jurídicas aplicables al caso. No olvidemos que estamos en presencia de un contrato derivado de un acuerdo marco, para el que la ley establece un procedimiento específico y singularizado, recogido en el Artículo 198 del TRLCSP. Reza el mentado precepto lo siguiente:

“1. Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo, las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco.

2. Los contratos basados en el acuerdo marco se adjudicarán de acuerdo con lo previsto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

3. Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

4. Cuando el acuerdo marco se hubiese celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fiados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.

Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

a) Por cada contrato que haya de adjudicarse, se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato; no obstante, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos, por razón de su objeto y cuantía, a procedimiento armonizado, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no extender esta consulta a la totalidad de los empresarios que sean parte del acuerdo marco, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres de ellos

b) Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.

c) Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fiado para su apertura.

d) De forma alternativa a lo señalado en las letras anteriores, el órgano de contratación podrá abrir una subasta electrónica para la adjudicación del contrato conforme a lo establecido en el artículo 148.

e) El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el acuerdo marco.

f) Si lo estima oportuno, el órgano de contratación podrá decidir la publicación de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 154.

5. En los procedimientos de adjudicación a que se refieren los apartados anteriores podrá efectuarse la formalización del contrato sin necesidad de observar el plazo de espera previsto en el artículo 156.3.”

Queda sentado, y así lo reconocen las partes, que en el presente contrato derivado no todos los términos estaban establecidos en el acuerdo marco, lo que justificó la licitación posterior que ha desarrollado el SESCOAM.

Queda claro también que los recurrentes no han planteado irregularidades de tipo procedimental, sino de fondo. Por tanto, debe entenderse que la tramitación en su aspecto meramente adjetivo ha sido correcta.

En otro orden de cosas, la peculiaridad del mecanismo descrito en los acuerdos marco es que la licitación de los contratos derivados está afectada no sólo por los protocolos que directamente los regulan, sino que de un

modo reflejo o incluso a veces directo, por expresa indicación como ocurre en este caso, también lo están por los pliegos rectores del acuerdo marco. Por lo tanto, como ya hemos hecho en otras ocasiones —por ejemplo en nuestra resolución 414/2015, de 8 de mayo, cuando se trata de analizar cuestiones propias de los contratos derivados ha de atenderse de una manera amplia al contenido de los pliegos que afectan a la licitación de los acuerdos marco.

Pues bien, en el Pliego de Prescripciones Técnicas del acuerdo marco se establecen con precisión las condiciones que deben cumplir los productos que componen los lotes 6 a 9 del contrato. Todas ellas son similares y se concretan del modo siguiente:

Características técnicas:

- Sistema de sujeción incorporado, ajustable al cuerpo mediante tiras autoadhesivas reposicionables en sus extremos laterales, permitiendo el reposicionamiento sucesivo sin que se vea afectada la estructura del absorbente.

Contorno de cintura elástico.

Bandas elásticas laterales en la zona de la entrepierna para asegurar un mejor ajuste.

- Capa externa formada por una lámina impermeable de polímero o similar, produciendo un ruido despreciable en condiciones normales de uso.
- Capa media de celulosa pura con una absorción mínima de 10 grs, de agua por gramo y con material súper absorbente adicionado en el centro del cuerpo absorbente, no permitiendo encharcamiento no rotura de la celulosa.
- Capa interior de tejido sin tejer (viscosa, rayón o similar).
- hipo alérgica, con superficie hidrófuga y resistente a la fracción en seco y en húmedo, tanto longitudinal como transversalmente.
- Ausencia de látex.

Este sistema, según se indica en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del acuerdo marco debía ser desarrollado por un protocolo por el SESCOAM. En dicho protocolo, en relación con los lotes 6 a 9, se consignan los criterios de adjudicación y su ponderación, pero no se alteran las exigencias técnicas del Pliego de Prescripciones Técnicas del acuerdo marco.

Octavo. Una vez definido el marco jurídico y contractual del caso podemos comenzar a analizar la actuación de la Administración contratante. Para ello vamos a comenzar con una referencia a genérica a la interpretación que sobre la naturaleza de los acuerdos marco y sobre el procedimiento que les son de aplicación ya ha hecho este Tribunal en ocasiones anteriores. Hemos señalado en nuestra Resolución 879/2014, de 28 de noviembre, que los acuerdos marco no son contratos, sino un sistema de racionalización de la contratación. Las características esenciales de los acuerdos marco han sido resumidas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su informe 36/2010 de 28 de octubre de 2011, del cual se deduce que el acuerdo marco presenta las siguientes características:

- a) Es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación ni tampoco de un procedimiento de adjudicación.
 - b) Su empleo por el órgano de contratación depende de la voluntad de éste, ya que no se impone de forma obligatoria por la Ley.
 - c) Se emplea en los casos en los que se vaya a contratar un número indeterminado de prestaciones, sin que exista un número cerrado, predeterminado de antemano, sino que las prestaciones a cumplir por el empresario dependerán de las necesidades que aprecie del órgano de contratación.
 - d) Se encuentra sujeto a requisitos temporales especiales, puesto que su duración máxima es la prevista en la Ley, 4 años, y los contratos que se basen en el mismo se sujetan a una periodicidad no preestablecida, pero sí existente, ya que depende de las necesidades del órgano de contratación. Es decir, se celebra el acuerdo marco durante un tiempo determinado y los contratos que se realicen basados en el mismo, se podrán celebrar por tiempo determinado en el mismo.
 - e) Se encuentra sujeto a una cautela especial, como es la de que su celebración no obstaculice, restrinja o falsee la competencia.
- O Respecto de su contenido, debe incluir los términos esenciales de los contratos marco que se celebren basados en el acuerdo.
- g) Su aplicación requiere que se determine el valor máximo estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, del conjunto de actuaciones a desarrollar durante la duración total del Acuerdo marco.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa indica también que el acuerdo marco es un sistema por el cual las Administraciones Públicas pueden racionalizar la contratación. No obstante lo anterior, ello no supone que no le resulten de aplicación las normas propias de los procedimientos de adjudicación establecidas en el TRLCSP y ello por establecerlo así expresamente el artículo 197.

Por tanto, aun cuando no se considere al acuerdo marco un procedimiento de adjudicación, lo cierto es que, en realidad, se ha de sujetar a las mismas normas jurídicas que cualquier otra licitación. Y es que, en definitiva, el acuerdo marco supone la licitación de un determinado servicio, suministro u obra mediante un procedimiento que se articula en dos fases: una primera en la que se elegirán uno o varios licitadores y se definirán los elementos esenciales del contrato y una segunda fase donde se concretarán definitivamente las prestaciones a contratar y se elegirá definitivamente al adjudicatario con quien se formalizará el contrato en caso de que se hubiera celebrado con varios. A través de ambos procedimientos se irán perfilando entonces los elementos esenciales de la licitación.

Es decir, aunque en el acuerdo marco puedan no estar completamente definidas las prestaciones que van a ser objeto de contratación, sí es necesario que los términos esenciales del contrato se encuentren fijados de una forma suficientemente determinada, pues de lo contrario se vulneraría el principio de libre competencia. Añade la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que no puede olvidarse que los contratos derivados (los basados en el acuerdo marco) se celebran en un régimen de licitación restringida y por lo tanto es fundamental que los elementos esenciales del mismo hayan quedado definidos en el acuerdo marco

y no puedan sufrir modificaciones sustanciales, pues de otro modo los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia se verían comprometidos.

Esta doctrina nos muestra cómo claramente el procedimiento se articula en dos fases en las que los términos genéricos de selección del contratista o contratistas pueden ser, sin modificar su naturaleza, desarrollados y concretados por la Administración que licita el contrato derivado.

En otras Resoluciones previas de este Tribunal, como la 132/2013, de 5 de abril, y la 139/2014, de 21 de febrero, señalamos que sobre los criterios detallados en el acuerdo marco puede llevarse a cabo también una cierta concreción en los contratos derivados, si bien que, para proteger el principio de igualdad de trato, los criterios a utilizar en la adjudicación deben estar determinados previamente en el acuerdo marco, pero, es propio de la naturaleza de éste, que el órgano de contratación disponga de un cierto margen de discrecionalidad para poder elegir de entre los recogidos en él, aquellos que sean más adecuados a las características precisadas para los productos a adquirir y atribuirles la ponderación o preferencia que mejor se acomode a la satisfacción de las necesidades que busca cubrir mediante el contrato derivado.

En cuanto a los criterios de selección de contratos basados en un acuerdo marco es indudable que la normativa vigente admiten implícitamente que en los Acuerdos Marco celebrados con varios empresarios u operadores económicos, no todos los términos determinantes de la adjudicación de los contratos derivados estén predeterminados y establecidos en el propio acuerdo marco, pudiendo precisarse en la nueva licitación a la que ha de convocarse a las partes, concediéndose una cierta flexibilidad a los órganos de contratación en el momento de precisar las condiciones en que deban ser adjudicados los tales contratos, donde existe un cierto margen de discrecionalidad para el órgano de contratación.

Pues bien, si incluso se admite un margen de discrecionalidad para definir los criterios de adjudicación del contrato derivado, de lo que no puede haber ninguna duda es de que el órgano de contratación que licita el contrato derivado puede y debe poder comprobar que la oferta del licitador cumple con los específicos requerimientos establecidos en el pliego del contrato marco. Es evidente que si, como ocurre en el presente caso, dicha comprobación no es automática sino que tiene un componente de análisis técnico de unas muestras concretas, tiene que ser posible que el órgano de contratación compruebe que las muestras entregadas acatan debidamente las condiciones estipuladas por el Pliego de Prescripciones Técnicas. Así resulta del artículo 145 del TRLCSP en el que se establece que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, referencia que alcanza, como hemos señalado en nuestras Resoluciones 490/2014, 169/2014, 535/2013 y 4/2011, también al Pliego de Prescripciones Técnicas, lo que supone que las ofertas se deban ajustar al contenido de ambos pliegos, puesto que en caso contrario resulta obligado el rechazo de la oferta.

Es perfectamente posible que en la licitación que supone el contrato derivado, cuando en el acuerdo marco no están definidos todos los términos de la prestación, el órgano de contratación pueda examinar las muestras analizadas y concluir que tales muestras no cumplen con las condiciones necesarias para la ejecución del contrato, y ello puede ocurrir por varias razones, como por ejemplo, que los términos del contrato derivado estén más desarrollados en algún punto concreto, que haya existido un error o una insuficiente comprobación por parte del órgano que licitó el acuerdo marco o que los productos o las muestras ofertadas en el contrato derivado no cumplan las condiciones fijadas en los pliegos.

La consecuencia de lo anterior es que no podemos estimar el argumento de que una vez que el licitador ha sido adjudicatario del acuerdo marco ya no puede ser excluido del contrato derivado. No existe, a nuestro juicio, el automatismo al que aluden las tres recurrentes, de modo que el hecho de haber sido adjudicatario del acuerdo marco no supone siempre y en todo caso el cumplimiento riguroso de los requisitos técnicos establecidos para el contrato derivado. Por el contrario, pueden existir diversos factores que excluyan esa automaticidad, entre los que se hallan, por ejemplo, el hecho de que en el acuerdo marco no estén definidos todos los elementos de la prestación o que haya una comprobación efectiva de que los productos ofertados, en el caso de los suministros, no cumplen verdaderamente las condiciones exigidas para contratar.

A esta conclusión no se puede oponer en este caso el hecho de que el INGESA no excluyese a las recurrentes a pesar de haberles cuestionado sobre el cumplimiento de las condiciones técnicas del Pliego de Prescripciones Técnicas, porque esta declaración no implica necesariamente que las muestras aportadas en el contrato derivado cumplan con lo establecido en él. Del mismo modo, la anterior conclusión supone que no sea necesario solicitar informe alguno al INGESA sobre el cumplimiento de los requisitos del acuerdo marco.

Noveno. No existiendo una solución automática a la cuestión que venimos analizando, esto es, la legalidad de la exclusión de las partes recurrentes en este recurso acumulado, es necesario cuestionarse si es correcta la valoración que el órgano de contratación ha hecho sobre el cumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas por parte de las ofertas técnicas de las recurrentes.

Evidentemente toda valoración técnica implica un juicio de valor de carácter subjetivo que está presidido por criterios técnicos concretos previamente definidos. En el análisis de estos criterios la jurisprudencia dice que la Administración puede valorar las ofertas presentadas dentro de un cierto margen de discrecionalidad técnica. Ello no es obstáculo para afirmar que los Tribunales pueden valorar si la actuación de la administración en la valoración ha sido arbitraria, o si entra dentro de los límites de la discrecionalidad administrativa (SsTS 18-7-00, RJ 7428 y 4-6-02, RJ 7927).

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio de 2000 señala que la normativa en materia de contratación administrativa atribuye a la Administración, primero, la facultad de precisar en el pliego de cláusulas los criterios básicos a tener en cuenta para la adjudicación y, luego, tras la apertura por la mesa de contratación de las proposiciones presentadas por los licitadores y la elevación del acta y las observaciones

pertinentes, la de adjudicar a la oferta “más ventajosa” el correspondiente contrato, afirmando a continuación que:

“Ahora bien, lo que resulta indudable es que el control judicial del ejercicio de la facultad de que se trata ha de utilizar necesaria y exclusivamente criterios o parámetros jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y procedimiento, a la observancia por la resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y, la propia desviación de poder Y no es posible que el Tribunal, al margen de dichos elementos de control de la potestad administrativa, o del de los conceptos jurídicos indeterminados señale, con base en un criterio propio, la proposición “más ventajosa” o más útil para el servicio.

Conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado “halo o zona de incertidumbre”, en relación con el cual -sin hacer, por supuesto, aplicación de la presunción iuris tantum de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el “beneficio de la duda” en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso-sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición “más ventajosa” o “más conveniente” (Cfr. STS 25 mayo 1998).”

De cuanto antecede, tomando como base la doctrina sobre la valoración de las ofertas antes expuesta, no cabe sino analizar caso por caso y argumento por argumento si se ha producido algún error en la valoración técnica de las ofertas y con ello arbitrariedad en la decisión de exclusión.

Décimo. Comenzando por la oferta de SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L. las razones de la exclusión, como antes vimos son las siguientes:

Reposición de tiras adhesivas.

Dice el SESCAM que al intentar el reposicionamiento se rompe el pañal. La primera vez si se hace con cuidado en algunos casos se mantiene íntegro, pero a la segunda reposición se rasga el pañal. En este punto el Pliego de Prescripciones Técnicas exige “tiras autoadhesivas reposicionables en sus extremos laterales permitiendo el reposicionamiento sucesivo sin que se vea afectada la estructura del absorbente.” La afirmación del SESCAM se funda en el informe técnico elaborado por su Comité Técnico con fecha 5 de agosto de 2015.

Por su parte, el recurrente aporta las alegaciones que se hizo ante las dudas que planteó el INGESA y sendos informes de ensayo de una empresa ajena que se limitan a decir que los productos tienen un sistema de sujeción con cuatro cintas autoadhesivas, que permiten un cierre reposicionable, aunque en ningún momento se alude a la existencia de alguna prueba sobre esta cuestión, sino que se limita a una mera descripción.

Contorno de cintura elástico.

El SESCAM indica que el producto solamente tiene unos centímetros elásticos en la parte de la espalda. En el Pliego de Prescripciones Técnicas se exige un contorno de cintura elástico.

Por su parte, el recurrente aporta los informes de ensayo de una empresa ajena que se limitan a decir que los productos presentan una cinta elástica de color blanco a la altura de la cintura, concretamente en la zona superior trasera central, aunque no indica que alcance todo el contorno del producto.

Marcado CE.

El SESCAM afirma que los productos no cumplen el etiquetado según el RD 1591/2009, en su ANEXO 1, art. 13.3.

En los informes de ensayo se dice que los productos vienen con el marcado CE. Pero obviamente sobre esta cuestión no se pronuncia el informe pericial que, además, no ha podido tener acceso a las muestras proporcionadas al SESCAM.

Requisitos de las muestras.

El SESCAM señala que tampoco se cumple con lo solicitado en relación a las muestras para la valoración técnica en el Contrato derivado, aunque no argumenta exactamente por qué.

Obviamente sobre esta cuestión no se pronuncia el informe pericial.

Por lo que hace a la oferta de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, SA. la razón de la exclusión es la siguiente:

Contorno de cintura elástico.

Dice el SESCAM que no tienen.

Por su parte, el recurrente aporta sendos informes de ensayo de una empresa ajena que no menciona de manera expresa la existencia de un contorno de cintura elástico.

Por lo que hace a la oferta de INDAS se plantean las siguientes cuestiones:

Reposición tiras adhesivas.

Dice el SESCAM que al intentar reposicionar se rompe el pañal.

El recurrente aporta un informe de ensayo en el que se dice sobre esta cuestión que el sistema de sujeción es por cuatro tiras autoadhesivas que permiten un cierre reutilizable. En este caso el informe alude a la existencia de una prueba en la que se reposiciona el pañal pero no se alude en modo alguno a la existencia de roturas en el mismo.

Contorno de cintura elástico.

Según el SESCAM no se observa contorno elástico, solamente lo que da de sí el polietileno, con unos pequeños pliegues del mismo material.

El informe de ensayo alude a la existencia de elásticos en la zona superior delantera y trasera, pero no indica que exista un contorno completo.

Por último observa el SESCAM que la estructura es muy endeble, se rompe con mucha facilidad si se manipula sin alto cuidado y que la bolsa viene en modo dispensador. En

este punto tiene razón la parte recurrente al señalar que este punto no estaba definido en el pliego y no puede calificarse como causa de exclusión.

Con todos estos argumentos, con la excepción de lo que hemos dicho en el párrafo anterior, este Tribunal entiende que es claro que la Administración ha realizado un análisis concreto y específico sobre las muestras suministradas, sin que dicho análisis pueda considerarse arbitrario o tendencioso en modo alguno. La prueba aportada por las tres recurrentes no puede llevarnos a tal conclusión toda vez que, por un lado, el informe técnico del SESCOAM presenta un suficiente grado de detalle acerca del análisis preciso de las muestras aportadas por las recurrentes y por otro lado, en alguno de los casos que hemos analizado el propio informe pericial ratifica lo señalado por la Administración y en otros ni siquiera alude a la cuestión controvertida.

Por esta razón este Tribunal entiende que en el ejercicio de la labor que le corresponde el informe del Comité técnico ha hecho un análisis individualizado, suficiente y razonable que se fundamenta en datos objetivos comprobados in situ sobre las muestras aportadas por los recurrentes. Las conclusiones del mismo son lógicas y responden a un control efectivo sobre las muestras. Tales conclusiones no han sido debidamente desvirtuadas por los argumentos contenidos en el informe pericial en ninguno de los casos, razón por la cual el contenido de la resolución recurrida debe reputarse como correcto en lo que hace a la existencia de incumplimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas causantes de la exclusión de los licitadores cuyas ofertas adolecen de este defecto.

Por todo ello el presente recurso debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación.

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. B.P.V. obrando en nombre de SCA HYGIENE PRODUCTS, S.L., por D. P.B.P. en nombre de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, SA. y por D. J.H.Q.D.L. en nombre de LABORATORIOS INDAS, S.A.U. contra la resolución de fecha 13 de noviembre de 2015, notificada el 24 de noviembre de 2015, de la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla La Mancha de adjudicación y declaración de lotes desiertos en el Expediente 61O1TO15SUM00002-CD para la contratación del suministro de tiras reactivas de glucosa en sangre con auto analizador, guantes quirúrgicos de látex sin polvo estériles, empapadores y pañales para incontinencia, confirmando la resolución recurrida.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recursos contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.