



Expediente: 115/2021

ACUERDO 110/2021, de 12 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato *“APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de abril de 2021, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato *“APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”*, dividido en tres lotes, siendo el Lote 2 el correspondiente al suministro de *“Solución hidroalcohólica para higiene de manos, con dosificador, 500 ml”*.

A dicho lote concurrió, entre otros licitadores, INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U.

SEGUNDO.- Con fecha 16 de septiembre, la Mesa de Contratación aprobó el informe de cumplimiento de prescripciones técnicas emitido en la misma fecha, conforme al cual la oferta realizada por INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. al Lote 2 no cumple el apartado c) de las prescripciones técnicas (*“Aportar documentación actualizada y vigente de autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMEPS), anexos I, II, III y número de registro”*), por lo que

acordó la exclusión de dicho licitador. Dicho acuerdo fue notificado el 17 de septiembre.

TERCERO.- Con fecha 23 de septiembre, INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta del Lote 2, en la que alega lo siguiente:

1ª. Que una vez notificada la exclusión de su oferta, se pusieron en contacto con el órgano de contratación, por cuanto no llegaban a comprender el motivo de aquella, contestando aquel que el motivo de la exclusión es no haber presentado una autorización vigente de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, dado que presentaron una autorización ya caducada y la solicitud de revalidación de la misma.

Que, si bien lo anterior es cierto, ello no confirma que desde la presentación de la proposición y en la actualidad, el producto ofertado no pueda ser comercializado legalmente. Así, en la página 23 del documento denominado “LOTE 2 A500ML” se puede comprobar que la autorización del desinfectante de INSTRUNET 85 ANTISÉPTICO PARA PIEL SANA Nº 691-DES, estaba vigente hasta el 14 de junio de 2020, pero podía ser revalidada a solicitud del responsable de la puesta en el mercado en el último semestre de vigencia.

Que, por ello, como consta en la página 39 de dicho documento, dentro del último semestre de vigencia de la autorización de comercialización, concretamente, el 11 de junio de 2020, INSTRUNET requirió al citado organismo la revalidación de la autorización del producto, siendo el plazo máximo de resolución previsto de 6 meses, finalizando por tanto el 11 de diciembre de 2020 y teniendo el silencio efecto estimatorio de la solicitud, por lo que la autorización continúa activa.

2ª. Que, a efectos de aportar mayor probatoria que acredite lo manifestado, se adjunta como documento nº 6 la relación de productos antisépticos para piel sana autorizados por la AEMPS, que han demostrado eficacia frente al virus atendiendo a la

norma UNE-EN 14476, actualizada a 17 de septiembre de 2021, en la que se puede verificar que el producto ofertado se encuentra incluido (página 12). Dicho listado puede encontrarse, asimismo, en la página web del citado organismo.

3ª. Que INSTRUNET ha participado en otros procedimientos de contratación este año que tenían por objeto el mismo suministro que el Lote 2, habiendo presentado la misma documentación que en este expediente, sin que en ningún caso su oferta haya sido excluida, habiendo resultado incluso adjudicatario de uno de dichos contratos.

4ª. Que, conforme a lo expuesto, su oferta sí cumple con lo establecido en el pliego, lo cual era fácilmente verificable con la documentación aportada a la licitación, pero que, si el órgano de contratación tenía dudas sobre tal extremo, debió solicitar una aclaración y no excluir la oferta directamente.

Cita, respecto a la subsanación de los defectos formales y las aclaraciones de los documentos que integran la oferta, las Resoluciones 661/2017, de 21 de julio y 132/2018, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de octubre de 2013.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la medida provisional consistente en la paralización del procedimiento de contratación, la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta y la retroacción de las actuaciones al momento anterior al mismo, permitiendo a INSTRUNET continuar en el procedimiento.

CUARTO.- El 23 de septiembre este Tribunal notificó al reclamante y al órgano de contratación un oficio en el que se señala, respecto a la solicitud de paralización del procedimiento como medida cautelar, que la misma opera automáticamente conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, sin que proceda resolver expresamente sobre ella.

QUINTO.- Con fecha 23 de septiembre se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 28 de septiembre, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 1 de octubre el órgano de contratación aportó el expediente de contratación y presentó un escrito en el que formula las siguientes alegaciones:

1ª. Que, con motivo de la interposición de la reclamación, la Mesa de Contratación ha revisado la documentación aportada por la empresa recurrente en su oferta, verificando que en la misma consta una renovación de su autorización de comercialización por cambio de etiquetado para el producto ofertado en el Lote 2, emitida por la AEMPS, en la que se dispone que su vigencia comprende desde el 14 de junio de 2010 hasta el 14 de junio de 2020, así como que dicha autorización podrá ser revalidada a solicitud del responsable de la puesta en el mercado en el último semestre de su vigencia.

Que, asimismo, en dicha documentación consta un oficio de la AEMPS dirigido a INSTRUNET, en respuesta a su solicitud de revalidación de la autorización, en la que consta como fecha de entrada el 11 de junio de 2020, así como que el plazo máximo para resolver y notificar es de seis meses, teniendo el silencio administrativo efecto estimatorio de la solicitud.

Que también puede observarse en la relación de biocidas de eficacia viricida demostrada autorizados por la AEMPS que aparece en su web, que el producto ofertado está incluido.

2ª. Que la autorización de comercialización a la que se refieren se remite al Real Decreto 1054/2002, de 11 de octubre, regulador del registro, autorización y comercialización de Biocidas, cuyo artículo 3.3.a) establece un procedimiento para la resolución y notificación de las solicitudes de autorización de aquellos de seis meses, remitiéndose a la Ley 30/1992, hoy a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuanto a la regulación del procedimiento.

Que, tal y como establece el artículo 24.1 de esta ley, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, con carácter general el silencio administrativo es positivo, con las excepciones que se prevén.

Que, de conformidad con el artículo 24.4 de la misma ley, los actos administrativos producidos por silencio administrativo producen efecto desde el vencimiento el plazo máximo en que debió dictarse y notificarse la resolución, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido.

3ª. Que la empresa acreditó la vigencia de la autorización del producto aportando su solicitud de revalidación, presentada dentro del plazo normativamente establecido, por lo que el órgano de contratación entiende que, si la Mesa de Contratación tenía dudas sobre la acreditación del silencio positivo, debió haber solicitado aclaración a INSTRUNET sobre tal extremo.

SEXTO.- El 1 de octubre se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

CUARTO. - La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Es objeto de la reclamación, la exclusión de INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”, acordada por la Mesa de Contratación el día 16 de septiembre de 2021, considerando que dicha empresa incumplía el apartado c) de las prescripciones técnicas de dicho contrato (“*Aportar documentación actualizada y vigente de autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMEPS), anexos I, II, III y número de registro*”).

Como resulta de los antecedentes, a esta exclusión la empresa reclamante opone que en los documentos aportados como parte del documento de oferta denominado

“LOTE 2 A500ML” puede comprobarse que como consecuencia del silencio positivo que opera en materia de revalidación de la autorización de comercialización de este tipo de productos, tal autorización estaba vigente por el transcurso de 6 meses desde su solicitud el día 11 de junio de 2020, y que así puede comprobarse también en la página web de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMEPS). Por ello solicita la anulación de la exclusión objeto de la reclamación y la retroacción de las actuaciones al momento previo a la misma.

Al respecto la entidad contratante manifiesta que, tras la interposición de la reclamación, la Mesa ha revisado la documentación aportada por la reclamante y verificado la solicitud de revalidación de la autorización del producto, así como la existencia de un oficio de recepción de ésta emitido por la AEMEPS, en el que consta el alegado sentido del silencio administrativo. A ello añade consideraciones jurídicas que apoyan la alegación de la parte reclamante y termina manifestando que la empresa acreditó la vigencia de la autorización del producto ofertado, así como que la Mesa de Contratación debió haber solicitado aclaración si albergaba duda sobre la vigencia de la autorización.

Así pues, mediante esta comunicación el SNS-O se allana a la pretensión de la reclamante, en tanto que el reconocimiento de la efectiva acreditación del cumplimiento de la exigencia contenida en el apartado c) de las prescripciones técnicas, por parte de la reclamante, y la falta de cualquier otra manifestación de oposición a la misma, constituyen allanamiento, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998, que sobre esta figura indica que *“El allanamiento es un acto jurídico procesal del demandado, por el que éste manifiesta su voluntad de no oponerse, o de abandonar su posición de oposición, a la pretensión del actor o demandante. A diferencia de la satisfacción extraprocesal debe producirse necesariamente ante el órgano jurisdiccional que conoce del asunto. Existe, en cambio, satisfacción extraprocesal cuando la Administración demandada, iniciado un proceso contencioso administrativo, reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones de la parte demandante”*.

Respecto de la aplicación de esta figura a la reclamación especial en materia de contratación pública, en nuestro Acuerdo, 59/2021, de 2 de julio, con cita del Acuerdo 50/2020, de 29 de junio, señalamos lo siguiente:

“De igual modo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre este particular – por todas, Resolución de 14 de agosto de 2019 – razona que "Tal y como ya indicáramos en nuestra resolución 303/2015, de 10 de abril, "(...) hemos de señalar ante todo que en el TRLCSP no está regulado expresamente el efecto que deba tener sobre estos recursos especiales en materia de contratación una eventual conformidad del órgano de contratación con las pretensiones del recurrente.

En ausencia de una norma específica sobre esta materia, el TRLCSP nos remite en lo no expresamente previsto por él, a la ley 30/1992 (hoy, Ley 39 y 40/2015), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resulta de aplicación supletoria. Pues bien, el artículo 113 de esta última disposición legal, al hablar de la resolución de los recursos administrativos, se limita a declarar que el recurso administrativo resolverá sobre todas las cuestiones de fondo y forma que plantee el recurso, hayan sido o no planteadas por el recurrente, exigiendo no obstante congruencia, es decir, pleno ajuste de la resolución que se dicte a las pretensiones ejercitadas en el recurso y prohibiéndose expresamente la "reformatio in peius". Es evidente que, en los recursos administrativos comunes, la Administración es a la vez "juez y parte" y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: le basta con estimar el recurso.

Esta solución no es factible, sin embargo, en caso en que el órgano encargado de resolver el recurso, como sucede con este Tribunal, es una autoridad claramente distinta e independiente del órgano autor de un acto impugnado, es decir un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él. Lo más similar a este Tribunal atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, en lugar de acudir a un proceso judicial "ad hoc",

es el caso de la llamada "jurisdicción retenida" donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés. Por tanto, ante el silencio del TRLCSP y de su norma supletoria, la 30/1992 sobre esta cuestión, hemos de remitirnos a la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo. En ella, el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una "infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico" (artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ello implica en definitiva que este Tribunal debe atribuir a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecia que la aceptación de las pretensiones de la recurrente "infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico". No se aprecia tal infracción del ordenamiento jurídico".

Así pues, tal y como expusimos, entre otros, en nuestro Acuerdo 23/2019, de 7 de marzo, en estos supuestos, sólo cabe proceder a la estimación de la reclamación especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Circunstancia que, a la vista del escrito de interposición y del expediente, debe ser rechazada."

En el caso que se analiza resulta evidente la conformidad con el ordenamiento jurídico de la estimación de la reclamación, ya que, el reconocimiento manifestado y motivado por la entidad contratante es fruto del examen detenido de la documentación aportada y con el necesario criterio de conjunto que parece haber faltado en la decisión inicial de la Mesa, al asumir ésta directamente el contenido del informe técnico, según el acta de 16 de septiembre.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del Lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato “*APRO 28/2021: Suministro de solución hidroalcohólica para higiene de manos con cesión de equipos con destino a distintos centros del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea*”.

2º. Notificar este acuerdo a INSTRUNET HOSPITAL, S.L.U., al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 12 de noviembre de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.