



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Administrazio-
Auzietako Salaren 1. Atala

C/ Barroeta Aldamar, 10 2ª Planta - Bilbao
94-4016655 - tsj.salacontencioso@justizia.eus
NIG: 4802033320220000226

0000242/2022 Sección: PRA Procedimiento ordinario (Migración) / (Migrazioa) Prozedura
arrunta

SARITZA-ENTZAKA	Gipuzkoako Foru Aldundia Euzko Foru Erakundeak Gipuzkoako Foru Erakundeak Euzko Foru Erakundeak	
	2023	MAY. 22
Zk./N.º		10959

Firmado por:
Jose Maria Ortundo Rocandio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 28/04/2023 11:02

CSV: 48020333001-1c40ae1ff612455db4004b13f6258068ulnAA==

REMITIENDO TESTIMONIO DE SENTENCIA ESTIMATORIA PARA SU EJECUCIÓN y devolución del expediente administrativo.

1.- Adjunto se remite testimonio de la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo referenciado, que ha alcanzado el carácter de firme.

Así mismo, se devuelve el expediente administrativo:
1 pieza: 128 + 344 páginas.

2.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley la Jurisdicción Contencioso-administrativa, esa Administración demandada, DEBE:

- a) Acusar recibo -telemáticamente, por el sistema Avantius- de esta comunicación en el plazo de DIEZ DÍAS, contados desde su recepción.
- b) Llevar a puro y debido efecto lo resuelto en la sentencia, practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.
- c) En el mismo plazo de DIEZ DÍAS participar a esta Sala cuál sea el órgano encargado del cumplimiento de la sentencia (art. 104.1 de la LJCA, ya citado).

(Los apartados a) y c) anteriores, se cumplimentarán telemáticamente -Avantius-)

3.- Se advierte a esa Administración que transcurridos DOS MESES desde la comunicación de la sentencia, o en su caso del plazo menor fijado en la misma, las partes y personas afectadas podrán instar la ejecución forzosa de la sentencia (art. 104.3 de la LJCA).

En Bilbao a, 28 de abril de 2023.

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA - T.E.A.F.
Gipuzkoa enparantza, z/g; 20004-Donostia.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Administrazio-Auzietako Salaren 1. Atala

C/ Barroeta Aldamar, 10 2ª Planta - Bilbao
94-4016655 - tsj.salacontencioso@justizia.eus
NIG: 4802033320220000226

0000242/2022 Sección: PRA Procedimiento ordinario (Migración) / (Migrazioa) Prozedura arrunta

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 0000242/2022

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NÚMERO 000101/2023

Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murgotio Estefanía,
Juan Alberto Fernández Fernández,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica/Sinadura elektronikokoaren URL.a:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vUXXAA==

ILMOS./AS. SRES./AS.
PRESIDENTE
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS/AS
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
Dª. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En Bilbao, a 03 de marzo del 2023.

La Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 0000242/2022 y seguido por el procedimiento Procedimiento ordinario (Migración), en el que se impugna la resolución 6/2022, de dieciséis de febrero, del TAFRC, por la que se desestimó el recurso especial en materia de contratación planteado contra la exclusión de la oferta de la recurrente del lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de EPIs y material sanitario para hacer frente a la COVID-19 en los centros residenciales y centros de día para ancianos y personas con discapacidad.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: FARMADOSIS S. L., representada por la procuradora D.ª IDOIA MALPARTIDA LARRINAGA y dirigida por el letrado D. ASIER RAMOS BILBAO.

-DEMANDADA: La DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, representada por el letrado D. LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO y dirigida por el letrado D. JUAN JOSÉ PÉREZ PÉREZ.



Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D.^a Trinidad Cuesta Campuzano.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El veinticuatro de marzo de 2022, la procuradora de los tribunales doña Idoia Malpartida Larrinaga, actuando en nombre y representación de Farmadosis, S.L. (en adelante, Farmadosis), presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo frente a la resolución 6/2022, de dieciséis de febrero, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales (en adelante, TAFRC) de la Diputación Foral de Guipúzcoa (en adelante, DFG), por la que se desestimó el recurso especial en materia de contratación planteado contra la exclusión de la proposición de Farmadosis del lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de equipos de protección individual (en adelante, EPIs) y material sanitario para hacer frente a la COVID-19 en los centros residenciales y centros de día para ancianos y personas con discapacidad.

A la vista de lo anterior, la señora letrada de la administración de justicia dictó, al día siguiente, decreto por el cual se admitió a trámite el recurso interpuesto. Al mismo tiempo, se reclamó a la administración la remisión del correspondiente expediente.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente, se dictó, el veintiséis de mayo del año pasado, diligencia por la cual se daba traslado para la presentación de la demanda.

El día veintiocho del mes siguiente, la procuradora de los tribunales doña Idoia Malpartida Larrinaga, actuando en nombre y representación de Farmadosis, presentó su escrito de demanda. Este terminaba suplicando que se dictara, en su día, sentencia que admitiera y estimara el recurso contencioso-administrativo n.º 242/2022, interpuesto por Farmadosis contra la resolución n.º 6/2022, de dieciséis de febrero, del TAFRC de Guipúzcoa, notificada en fecha de dieciocho de febrero de 2022, que desestimó el recurso especial de contratación n.º 15/2021, la anulara y, previos los trámites oportunos, declarara:

1º) La indebida exclusión de Farmadosis del procedimiento de licitación denominado «suministro de equipos de protección individual (EPIs) y material sanitario para hacer frente a la COVID-19 en los centros residenciales y centros de día para personas mayores y personas con discapacidad.»

2º) La obligación del órgano de contratación de haber adjudicado a Farmadosis el contrato denominado «suministro de equipos de protección individual (EPIs) y material sanitario para hacer frente a la COVID-19 en los centros residenciales y centros de día para personas mayores y personas con discapacidad.»

3º) El reconocimiento de una situación jurídica individualizada consistente en declarar la obligación de la administración demandada de abonar a Farmadosis una indemnización de 6.796,20 euros más los intereses de demora desde la fecha en que se produjo la adjudicación.

Todo ello, con expresa condena en costas a la DFG.

TERCERO.- Al día siguiente, se dictó diligencia por la cual se tenía por formalizada la demanda. Al mismo tiempo, se daba traslado a la administración para contestar.

Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murgolito Estefanía,
Juan Alberto Fernandez Fernandez,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica/Sinadura elektronikoa URL: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vhUXAA==

El quince de septiembre del año pasado, el procurador de los tribunales don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, actuando en nombre y representación de la DFG presentó su escrito de contestación. Este terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que, desestimando la demanda formulada de adverso, se confirmara en todos sus términos la resolución del TAFRC impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

El día veintiocho de ese mismo mes, se dictó diligencia por la cual se tenía por contestada la demanda.

CUARTO.- El trece de octubre de 2022, se dictó decreto por el cual se fijó la cuantía del pleito en 6.796,20 euros.

QUINTO.- Cinco días más tarde, se dictó auto por el cual se recibía el proceso a prueba. Al mismo tiempo, se declaraba pertinente y se admitía la documental aportada con la demanda, pero se inadmitían las testificales propuestas por la recurrente.

El día veintisiete de ese mismo mes, la procuradora de los tribunales doña Idoia Malpartida Larrinaga, actuando en nombre y representación de Farmadosis, presentó recurso de reposición contra esa resolución, interesando la práctica de toda la prueba por ella propuesta. Después de darle el trámite legalmente previsto, el recurso fue desestimado en virtud de auto de quince de noviembre de 2022.

SEXTO.- Dos días más tarde, la señora letrada de la administración de justicia dictó diligencia por la cual se daba por terminado el período probatorio. Al mismo tiempo, se abría el trámite de conclusiones.

La procuradora de los tribunales doña Idoia Malpartida Larrinaga, actuando en nombre y representación de Farmadosis, presentó, el uno de diciembre de 2022, su escrito de conclusiones sucintas.

El procurador de los tribunales don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, actuando en nombre y representación de la DFG, hizo lo propio el día nueve de enero del año en curso.

SÉPTIMO.- Para la votación y fallo del asunto se señaló el dos de marzo del corriente; fecha en que se practicó la diligencia. Seguidamente, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- POSICIÓN DE LA PARTE ACTORA.

Farmadosis se alza contra la resolución 6/2022, de dieciséis de febrero, del TAFRC, por la que se desestimó el recurso especial en materia de contratación planteado contra la exclusión de la oferta de la recurrente del lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de EPIs y material sanitario para hacer frente a la COVID-19 en los centros residenciales y centros de día para ancianos y personas con discapacidad.

La demandante comienza explicando que los criterios de adjudicación de la contratación que se establecieron fueron los siguientes:

- 1.- Criterio: porcentaje de máxima penetración del cloruro sódico 95 l/min.
Ponderación: 35.
- 2.- Criterio: precio.
Ponderación: 30.



Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murguillio Estefanía,
Juan Alberto Fernandez Fernandez,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html>

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vhUXAA==

3.- Criterio: porcentaje de eficacia de filtración. Penetración máxima de aceite de parafina en el material filtrante 95 l/min.

Ponderación: 35.

El veintiocho de octubre de 2021, Farmadosis presentó oferta en el lote 2: mascarillas FFP2 NR (no KN95). En ella, se consignaba lo siguiente:

1.- Criterio: porcentaje de máxima penetración del cloruro sódico 95l/min.

Ponderación: 35.

Oferta: 0,3641%.

2.- Criterio: precio.

Ponderación: 30.

Oferta: 0,047 euros/unidad.

3.- Criterio: porcentaje de de eficacia de filtración. Penetración máxima de aceite de parafina en el material filtrante 95 l/min.

Ponderación: 35.

Oferta: 0,182.

A la oferta se adjuntaba un informe de ensayo, de tres de agosto de 2020, de la empresa de certificación SGS, que acreditaba el cumplimiento de esos parámetros. Además, se autorizaba a que las empresas certificadoras y laboratorios de ensayo cedieran a la administración pública contratante la información necesaria para acreditar el cumplimiento de lo establecido en las fichas técnicas y certificaciones de los productos.

Pese a lo anterior, el dieciocho de noviembre de 2021, la mesa de contratación emitió acuerdo por el que excluía a Farmadosis del lote 2. El motivo de la exclusión era que el embalaje no llevaba ninguna referencia respecto a una concreta mascarilla. Se indicaba que faltaba trazabilidad entre la ficha técnica, certificados, *test report* y el estuche. Además, presentaba dos *test report* con resultados distintos, sin que ninguno identificara la mascarilla ofertada.

Señala Farmadosis que, de no haberse producido su exclusión, habría sido la adjudicataria, dado que habría obtenido 100 puntos y, en consecuencia, habría quedado por delante de la empresa que resultó finalmente adjudicataria (dado que obtuvo 98,31 puntos).

A partir de ahí, la recurrente argumenta, en primer lugar, que se habrían vulnerado los artículos 39 de la LCSP, 84 del Real Decreto 1.098/2001 y 47 de la Ley 39/2015. Para llegar a esa conclusión, defiende que tanto en la mascarilla como en su embalaje individual y en la caja figuraría la oportuna referencia identificativa (CDP201B), que, a su vez, sería la que aparecería indicada en el módulo B del certificado CE, así como en el certificado de conformidad y *test report*. De este modo, quedaría acreditada la trazabilidad del producto cuya inexistencia habría sido alegada por el órgano de contratación para motivar la exclusión. Explica que, a diferencia de lo indicado por el órgano de contratación, solo se habría aportado un *test report*, donde estaría identificada la mascarilla ofertada con la referencia CDP201B.

Ello implicaría que los motivos que utilizó el órgano de contratación para excluir la oferta de Farmadosis carecían de fundamento. Destaca que el TAFRC habría reconocido, en su resolución, que la referencia identificativa de la mascarilla figuraba en el embalaje individual, en la caja, en la propia mascarilla y en los documentos indicados por la recurrente, así como que aportó un solo *test report* donde se identifica la misma referencia de la mascarilla. Pese a ello, habría desestimado el recurso por la falta de trazabilidad entre la ficha técnica, los certificados y el *test report*. En concreto, se argumentó que el informe de ensayo aportado por Farmadosis (con referencia SL52035273926401TX) no aparecería mencionado en el certificado módulo B expedido por el organismo notificado



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murguillo Estefanía,
Juan Alberto Fernández Fernández,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica/Sinadura elektronikoaaren URL.a:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vnUXAA==

europeo. Así, el certificado señalaría que se basaba en el archivo técnico QW-DC-MCE-A, versión 1, de fecha de tres de noviembre. Ahora bien, ese archivo técnico, en el cual debería constar la referencia del informe de ensayo, no figuraría entre la documentación presentada por la recurrente. No habría, pues, conexión entre el certificado módulo B y el informe de ensayo. En consecuencia, no estaría garantizada la trazabilidad exigida por los pliegos.

Sin embargo, Farmadosis niega que tal apreciación del TAFRC sea cierta. Señala que el archivo técnico mencionado (QW-CD-MCE-A) sería un documento que no se solicitaría ni en el pliego de cláusulas administrativas ni en el pliego de prescripciones técnicas.

Explica que el anexo III del Reglamento (UE) 2016/425, de nueve de marzo, relativo a los equipos de protección individual, explicaría qué ha de abarcar la documentación técnica de los EPIs. Entre esa documentación, estarían incluidos los informes sobre ensayos realizados para verificar la conformidad del equipo con los requisitos esenciales de salud y seguridad aplicables y, en caso necesario, para establecer la clase de protección pertinente. Este sería, precisamente, el documento equiparable al archivo técnico al que se refiere el TAFRC.

Considera que la administración estaría confundiendo el *test report* (informe de ensayo) con el archivo técnico. Ello habría llevado a la injusta exclusión de Farmadosis. Así, lo que en el informe se denominaría *test report* número QW-CD-MCE-A, versión 1, de tres de noviembre de 2020, sería, en realidad, un archivo técnico. El único *test report* aportado por la interesada sería el número SL52035273926401TX.

Esa confusión habría sido reconocida por el propio TAFRC en su resolución. De manera que, de reconocerse la existencia de un único *test report*, la argumentación de falta de trazabilidad caería por su propio peso, dado que resultaría contradictoria.

A continuación, niega que no haya la necesaria trazabilidad entre el único *test report* aportado por Farmadosis y el archivo técnico con número QW-CD-MCE-A, versión 1, de tres de noviembre de 2020. Así, en la página 2 del certificado número FI20/967236, emitido por SGS, se señalaría que se basaba en el archivo técnico QW-CE-MCE-A, versión 1, de tres de noviembre de 2020. Ese informe técnico sería un documento elaborado internamente por el fabricante, en el que se ha de hacer mención del informe ensayo efectuado para verificar la conformidad del EPI.

Señala que se trataría de una certificación emitida por un organismo acreditado y autorizado al efecto. Por consiguiente, la trazabilidad sería incontestable.

En segundo lugar, Farmadosis alega que se habría infringido el artículo 150.1 de la LCSP. Este motivo del recurso sería consecuencia del anterior. Afirma que, de no haber sido indebidamente excluida, debería haber sido la adjudicataria del contrato. Explica que, conforme a las fórmulas de valoración de los criterios, le habrían correspondido 35 puntos por el primer criterio (entre el 0% y el 1% de penetración); 30 puntos por el segundo (dado que era, con mucho, la oferta más barata); y 35 puntos por el tercero (entre el 0% y el 1% de penetración). Ello haría un total de 100 puntos, que la situarían por delante de la empresa a la que se adjudicó el contrato.

En tercer y último lugar, el recurso analiza la conveniencia de reconocer una indemnización a Farmadosis. Afirma que la estimación del recurso ha de llevar consigo el reconocimiento de una situación jurídica individualizada a favor de la interesada. Señala que el contrato se otorgó el dieciocho de febrero del año pasado. En consecuencia, en la actualidad habría sido totalmente ejecutado.



A partir de ahí, la recurrente reclama una indemnización del 6% de la cantidad por ella ofertada. El criterio del beneficio industrial para el cálculo de indemnizaciones derivadas de exclusiones indebidas de procedimientos de contratación habría sido aplicado por esta sala y sección en sentencia 363/2018, de dieciocho de noviembre (rec. 17/2017).

En el caso que nos ocupa, la oferta de Farmadosis era de 0,047 euros por mascarilla. Dado que la cantidad objeto de suministro era de 2.410.000, la oferta total ascendía a 113.2710 euros. El 6% de esa cantidad daría 6.796,20 euros. A ella habría que sumar los intereses de demora desde la fecha de adjudicación.

SEGUNDO.- POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

La DFG, por su parte, reclama la desestimación del recurso planteado por Farmadosis.

Para empezar, señala que, en el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas, se definían las especificaciones técnicas de los EPIs. Así, se exigía que todos los artículos se ajustaran a la normativa vigente y requisitos técnicos recogidos en el anexo del propio pliego. Los EPIs habían de adaptarse al Reglamento (UE) 2016/425, del Parlamento Europeo y del Consejo, de nueve de marzo, relativo a los EPIs y a la Norma UNE-EN 14126:2004, relativa a EPIs.

De acuerdo con el apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas, en el archivo electrónico 1 debían aportarse los certificados y fichas técnicas que definieran la trazabilidad del producto. En el caso de los EPIs, tenía que presentarse el certificado de conformidad, emitido por el productor; los certificados módulos B y C2, emitidos por el organismo notificado, certificado mercado CE; la ficha técnica, que había de incluir, la fotografía del producto y del embalaje con la información exigida por la normativa; y el *test report* donde se incluyeran los resultados de las mediciones de los distintos parámetros exigidos.

Farmadosis fue excluida del lote 2, debido a que el embalaje no llevaba ninguna referencia respecto a una concreta mascarilla. Además, faltaría trazabilidad entre la ficha técnica, certificados, *test report* y embalaje. A mayor abundamiento, presentaba dos *test report* con resultados distintos, si bien ninguno identificaría a la mascarilla ofertada.

Interpuesto recurso especial en materia de contratación, el TAFRC habría reconocido que la referencia identificativa de la mascarilla figuraba en el embalaje individual, en la caja, en la propia mascarilla y en los documentos. Igualmente, reconoció que únicamente se habría aportado un *test report*, en el que se identificaba la misma referencia de la mascarilla. Sin embargo, entendió que ello no era suficiente para estimar el recurso, dado que faltaba la acreditación de trazabilidad entre la ficha técnica, los certificados y el *test report*.

La DFG argumenta que, de acuerdo con el apartado 14 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares, los licitadores debían presentar fichas técnicas y certificados de los productos. Estos habían de estar expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, y acreditar la conformidad de los productos de manera perfectamente detallada, mediante referencias a determinadas especificaciones o normas técnicas.

En el caso de los EPIs, tanto ese apartado 14 como el apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas, mencionaban, entre los documentos que debían presentarse, el certificado módulo B emitido por un organismo notificado, la ficha técnica del producto con la información exigida y el informe de ensayo en el que se incluyeran los resultados de las mediciones de los distintos parámetros exigidos por la norma correspondiente.

Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murgolito Estefanía,
Juan Alberto Fernández Fernández,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaaren URL a: <https://psp.justiza.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vhUXXA==

Farmadosis aportó un informe de ensayo con referencia SL52035273926401TX, de tres de agosto de 2020. Sin embargo, ese informe no aparecería mencionado en el certificado módulo B. A su vez, este indicaría, en su página 2, que se basa en el archivo técnico QW-CD-MCE-A, versión 1, de tres de noviembre de 2020. Ahora bien, ese archivo no habría sido aportado por la recurrente. Por tanto, no quedaría acreditada la trazabilidad, dado que no habría conexión entre el certificado módulo B y el informe de ensayo.

Dado que se habría incumplido el apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas, procedía la exclusión de la oferta de Farmadosis.

La administración defiende que el archivo técnico QW-CD-MCE-A debió aportarse por la recurrente, dado que se exigía la aportación de los certificados y fichas técnicas que definieran la trazabilidad del producto. Por tanto, no sería cierto que se estuviera exigiendo la presentación de documentación no solicitada inicialmente.

Por lo que se refiere a la pretensión de abono de una indemnización, la DFG niega que se aplicable al caso el artículo 131.1.b) RGC, mencionado por la contraparte, dado que este se referiría específicamente al contrato de obras. Tratándose de un contrato de suministro, habría que estar a los artículos 306.a) y 307.2 LCSP, habida cuenta de que se daría una situación equiparable a la resolución del contrato. Por consiguiente, de corresponder una indemnización a Farmadosis, esta no podría superar el 3% del precio de la adjudicación del contrato, IVA excluido.

TERCERO.- CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LOS PLIEGOS.

Dado que la resolución del TAFRC reconoció que las mascarillas ofertadas por Farmadosis cumplían con el requisito de identificar el modelo tanto en el producto como en su embalaje y en la caja, lo único que se discute es si, con los documentos aportados por la recurrente, se garantizaba la trazabilidad del producto.

El apartado 2 del PPT (folios 141 y siguientes del expediente de contratación) se ocupaba de las especificaciones técnicas de los EPIs que habían de ser suministrados. Su contenido era el siguiente:

«En el anexo del presente pliego, se detallan las características, normativa a cumplir y cantidades estimadas de adquisición de los equipos de protección individual y material sanitario objeto del contrato.

Todos los artículos deberán sujetarse a la normativa vigente y requisitos técnicos que, con carácter de mínimos, se recogen en el anexo del presente pliego. No se admiten variantes en los artículos ofertados.

El contrato se compone de equipos de protección individual y productos sanitarios.

Todos los productos relacionados en el presente pliego, considerados como equipos de protección individual (EPI), ha de ajustarse a la siguiente normativa:

- Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativo a los equipos de protección individual.
- Norma UNE-EN 14126-2004 relativa a equipos de protección individual.»

Por su parte, el apartado tercero exigía, en relación a los EPIs, la presentación de los siguientes documentos:

«1) Certificado de conformidad, emitido por el productor.

2) Certificados módulos B y C2 emitidos por organismo notificado, certificado marcado “CE”.

3) Ficha técnica que deberá incluir entre otras fotografía del producto y del embalaje que acompaña por los cuatro lados que permita comprobar de forma



Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murgotio Estefanía,
Juan Alberto Fernández Fernández,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica: /Sinadura_elektronikoaren_URL.a:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vhUXAA==

nítida el cumplimiento ya sea del embalaje o la documentación que acompaña, con la información que exige la normativa (marcado CE, normativa, fecha fabricación, fecha vigencia, fabricante, información del embalaje legible en idioma español y/o español-inglés, etc.).

4) *Test report* según norma del EPI correspondiente, donde se recojan los resultados de las mediciones de los distintos parámetros exigidos por la misma.»

La oferta presentada por Farmadosis (folios 202 y siguientes del expediente de contratación) iba acompañada de, entre otros, los siguientes documentos:

- Certificado de conformidad de la UE (folio 206 del expediente de contratación).
- Certificado módulo B (folio 207 del expediente de contratación).
- Ficha técnica (folio 203 del expediente de contratación).
- *Test report* (folio 215 del expediente de contratación).

Vemos, por tanto, cómo la oferta de la recurrente aportó, en principio, todos los documentos exigidos por el PPT. El problema, según la administración, se encontraría en que el informe de ensayo aportado por Farmadosis no se mencionaba en el certificado módulo B. Este estaría basado en un archivo técnico, en el cual debería constar la referencia del informe de ensayo, pero que no se adjuntó a la oferta. De manera que, a su juicio, no podría establecerse una relación entre el certificado módulo B y el *test report*.

Del análisis de la documentación aportada por la recurrente, se desprende que, en la declaración de conformidad de la UE, se indica que esta corresponde al modelo CDP201B. Igualmente, se recoge la referencia del informe de ensayo —SL52035273926401TX—.

El certificado módulo B señala expresamente que se refiere al EPI detallado en la página 2 de la oferta (que se corresponde con la ficha técnica, referida al modelo CDP201B). Igualmente, se indica que la certificación se basa en el archivo técnico QW-CE-MCE-a, versión 1, de fecha de 3 de noviembre de 2020.

Finalmente, el *test report* o informe de ensayo tiene la referencia SL52035273926401TX. Igualmente, se indica que se corresponde al modelo CDP201B.

Expuesto esto, no se entienden las reticencias de la administración en relación a la trazabilidad del producto. Todos los documentos aportados se refieren al mismo modelo de mascarilla. Es cierto que en, en el certificado módulo B, se menciona el archivo técnico QW-CE-MCE-a. Ahora bien, tal y como ha explicado la recurrente, ese archivo no es un informe de ensayo, sino un documento interno cuya aportación no se exigía por el PPT (en cualquier caso, el documento en cuestión se ha aportado con la demanda —folio 184 de las actuaciones—). A mayor abundamiento, también se hace referencia a que el producto es el que consta en la ficha técnica. Por consiguiente, no hay ninguna duda de que se corresponde con el producto ofertado por Farmadosis.

Conforme a lo razonado, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo planteado, dado que la oferta presentada por la mercantil actora cumplía con todos los requisitos exigidos por las bases y, por consiguiente, nunca debió ser excluida.

CUARTO.- INDEMNIZACIÓN.

Como consecuencia de la indebida exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, Farmadosis reclama que se condene a la DFG al abono de una indemnización. Argumenta que, tratándose de un contrato para cuya adjudicación únicamente se aplicaban criterios de valoración automática, de no haber sido excluida su oferta, ella habría sido la adjudicataria del contrato, dado que habría



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murgoilio Estefanía,
Juan Alberto Fernandez Fernandez,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikokoaren URL.a:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b59e485b598a7ba02159c1644e78vhUXAA==

obtenido una puntuación superior a la que correspondió a la empresa que, finalmente, firmó el contrato con la administración. Este contrato ya se habría ejecutado totalmente, por lo que la única forma de ser reparada de los perjuicios sufridos sería la concesión de una indemnización que la compensara por los ingresos perdidos. Cuantifica esta indemnización en el 6% de la oferta por ella presentada (que ascendería a un total de 6.796,20 euros). Para ello, se apoya en el artículo 131.1 del Real Decreto 1.098/2001.

La administración no cuestiona el hecho de que, de no haber sido excluida la oferta de Farmadosis, esta habría sido la adjudicataria del contrato. Tampoco cuestiona el derecho de esta a ser indemnizada (más allá de los argumentos que llevarían, a su juicio, a excluir la oferta del procedimiento de licitación). Simplemente no se muestra conforme con la forma de cuantificar la indemnización por parte de la actora. En concreto, niega que sea aplicable al caso el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1.098/2001. Defiende que habría que estar a lo dispuesto en los artículos 306.a) y 307.2 de la LCSP. De manera que la indemnización que correspondería a la mercantil actora sería del 3% del precio de adjudicación del contrato (IVA excluido).

Pese a los reparos manifestados por la administración, lo cierto es que el criterio de aplicación de una indemnización del 6% de la oferta excluida (que se corresponde con el beneficio industrial que habría obtenido, de ser adjudicataria del contrato, la empresa excluida) se viene aplicando, como norma general, por la jurisprudencia, a todo tipo de contratos. Debe tenerse en cuenta que la legislación vigente no contempla, de manera expresa, el caso que ahora nos ocupa. Se trata, por consiguiente, de buscar una fórmula que permita mitigar los perjuicios sufridos por la oferta excluida, cuando ya no es posible la retroacción de las actuaciones a efectos de que se le adjudique el contrato. Y, ante estas situaciones, se viene considerando que la cuantificación de la indemnización en la forma pretendida por la actora (que se corresponde con el beneficio industrial) es adecuada para mitigar los perjuicios por ella sufridos. Se trata de que la indemnización en cuestión se ajuste, lo máximo posible, al beneficio que habría obtenido la actora de ser la adjudicataria del contrato. Y ello es independiente del tipo de contrato de que se trate. En este sentido, encontramos la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1.828/2019, de diecisiete de diciembre (rec. 862/2017).

En consecuencia, hemos de estimar íntegramente el recurso interpuesto por Farmadosis, y reconocerle el derecho a ser indemnizada en la cantidad de 6.796,20 euros, más los intereses legales desde la fecha de la adjudicación del contrato.

QUINTO.- COSTAS.

Dado que se está estimando el recurso planteado, procede, de acuerdo con el artículo 139 de la Ley 29/1998, imponer las costas causadas a la administración demandada.

FALLO

Estimando el recurso contencioso-administrativo 242/2022 planteado por la procuradora de los tribunales doña Idoia Malpartida Larrinaga, actuando en nombre y representación de Farmadosis, S.L., frente a la resolución 6/2022, de dieciséis de febrero, del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Guipúzcoa, desestimatoria del recurso especial en materia de contratación por la que se excluyó su oferta del lote 2 del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de equipos de protección individual y material sanitario para hacer frente a la COVID-19 en los centros residenciales y



centros de día para mayores y personas con discapacidad:

1º) Anulamos, por no ser conforme a derecho, la resolución impugnada.

2º) Reconocemos el derecho de Farmadosis, S.L. a ser indemnizada, a cargo de la Diputación Foral de Guipúzcoa, en la cantidad de seis mil setecientos noventa y seis euros con veinte céntimos (6.796,20), más los intereses legales a contar desde la fecha de la adjudicación del contrato.

3º) Imponemos las costas causadas en la tramitación del procedimiento a la administración demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el BANCO SANTANDER, con n.º 4697 0000 93 0242 22, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firmado por:
- Inés Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murguítio Estefanía,
Juan Alberto Fernández Fernández,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica: /Sinadura electronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vUXXAA==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Trinidad Cuesta Campuzano,
Luis Javier Murgolito Estefanía,
Juan Alberto Fernandez Fernandez,
Esther Mora Rubio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URL a: <https://psp.justizia.eus/SCDD/In dex.html>

Fecha: 06/03/2023 14:38

CSV: 4802033001-e665b9e485bb598a7ba02159c1644e78vhUXXA==

DILIGENCIA.- En Bilbao, a 03 de marzo del 2023.

La extiendo yo, Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy la anterior sentencia, firmada por quienes la han dictado, pasa a ser pública en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las leyes, quedando la sentencia original para ser incluida en el libro de sentencias definitivas de esta sección, uniéndose a los autos certificación literal de la misma, procediéndose seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

