

Recurso 362/2020

Resolución 151/2021

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

Sevilla, 22 de abril de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **B.BRAUN MEDICAL, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 16 de octubre de 2020, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco con una única empresa para el suministro de material para hemodiálisis, con cesión de uso de determinado equipamiento necesario para la utilización del material, con destino a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería”, respecto al lote 9 de la agrupación 2, promovido por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 937/2019), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de enero de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del acuerdo marco asciende a 6.372.897,83 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación del 16 de octubre de 2020, se acordó la modificación de la propuesta de adjudicación de la agrupación 2 (lotes 8 a 16) realizada inicialmente a B.BRAUN MEDICAL, S.A. (B.BRAUN, en adelante), resultando propuesta para la adjudicación la entidad PALEX MEDICAL, S.A. (PALEX, en adelante).

CUARTO. El 5 de noviembre de 2020, B.BRAUN presentó en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de su oferta en el lote 9 de la agrupación 2.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado al órgano de contratación del escrito de recurso requiriéndole el expediente de contratación, informe al recurso, alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación ha tenido entrada en este Tribunal.

SEXTO. Mediante Resolución de 19 de noviembre de 2021, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones a los interesados por cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han recibido las formuladas por PALEX.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la consideración de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

Debemos aclarar que la recurrente impugna formalmente el acuerdo de la mesa que modifica a favor de PALEX la inicial propuesta de adjudicación a B.BRAUN de la agrupación 2 (lotes 8 a 16). Tal modificación de la propuesta, sin mencionarlo de modo expreso, encierra implícitamente la exclusión de la oferta de B.BRAUN respecto al lote 9 de la citada agrupación, y por ende, respecto a toda ella en la medida que, de conformidad con la cláusula 2.1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), se entiende por agrupación de lotes *“el conjunto de lotes agrupados con arreglo a los criterios que establezca el órgano de contratación, cuya adjudicación debe realizarse conjuntamente a una única persona licitadora en razón a la interdependencia de sus componentes”*.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles.*



Dicho plazo se computará:

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.»

En el supuesto examinado, no consta que se haya notificado a la recurrente la exclusión de su oferta; asimismo, no se ha incluido en el expediente de contratación remitido la publicación en el perfil del acta de la mesa donde se contiene el acuerdo impugnado. En cualquier caso, el recurso presentado en el Registro electrónico de este Tribunal el 5 de noviembre de 2020 se ha interpuesto en plazo, aun computando el mismo desde la fecha de adopción del citado acuerdo el 16 de octubre de 2020.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que este se sustenta. B.BRAUN solicita que se anule la exclusión de su oferta al lote 9 (agrupación 2) y se acuerde la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la publicación del acta de 16 de octubre de 2020, a fin de que se proponga la adjudicación de la agrupación 2 a su favor.

Como ya se ha indicado en los antecedentes de esta resolución, en la sesión de 16 de octubre de 2020, la mesa de contratación, a la vista de un informe técnico complementario, modificó a favor de PALEX su inicial propuesta de adjudicación de la agrupación 2 realizada a B.BRAUN; y ello sobre la base de que la citada propuesta no creaba derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración.

Esta revocación de la propuesta realizada inicialmente a B.BRAUN el 18 de septiembre de 2020, tuvo su fundamento en un informe técnico posterior de 14 de octubre dirigido a la mesa de contratación donde se hacía constar que *“En la valoración del lote 9 de la agrupación 2 se asignaron 20 puntos al producto ofertado por B.BRAUN MEDICAL, S.A (...) si bien se ha detectado con posterioridad que según los datos contenidos en la ficha técnica del producto ofertado XEVONTA DIALYZER HI 20. GAMMA, la superficie total en m² es de 2.0 y en las características técnicas generales y específicas detalladas en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas, en el que quedan reflejados aquellos atributos y medidas que se consideran necesarios y que son determinantes para su contratación, se establece lo siguiente:*



<i>Agrupación</i>	<i>Lote</i>	<i>Clasificación universal</i>	<i>Nombre</i>	<i>Otras especificaciones técnicas exigibles</i>	<i>Unidad de contratación</i>
2	9	SU.PC.SANI.01.21.11.000082	TERAPIAL TO FLUJO	DIALIZADOR CAPILAR SINTÉTICO/ALTA PERMEABILIDAD >2m ²	Unidad (pieza)

(...) Según la empresa BBraun el hecho de haber ofertado xevonta Hi 20 en el lote 9 de la agrupación 2 se debe a la catalogación que el SAS hace de este producto dado que, además, en el momento en el que se presentó oferta, era el único dentro de la clasificación SU.PC.SANI.01.21.11.000082 que tenía Genérico de Centro.

La superficie del dializador es superior según informe de la empresa fabricante BBraun. En ningún caso supone un riesgo para el paciente y además cumple con las expectativas de esta Comisión Técnica siendo la oferta mejor valorada de entre las presentadas”.

Pues bien, la recurrente esgrime tres argumentos frente a la decisión impugnada adoptada por la mesa:

1. Que su oferta cumple con el requisito del pliego de prescripciones técnicas (PPT) de superficie >2m² porque en esta categoría se engloban las superficies “=2.0 m²”.

En tal sentido, manifiesta que en el año 2009 se dio de alta en el banco de productos y servicios del Servicio Andaluz de Salud el dializador XEVONTA Hi 20, y atendiendo a las diferentes catalogaciones en función de los m² disponibles en el banco de productos, el modelo licitado quedó catalogado en SU.PC.SANI.01.21.11.000082 - DIALIZADOR CAPILAR SINTÉTICO / ALTA PERMEABILIDAD >2m² con el código CIP 100016854748, al ser esta categoría la más adecuada para un dializador cuya superficie es de 2m². Y añade que en otras licitaciones provinciales del Servicio Andaluz de Salud, en idénticas circunstancias, sí se ha admitido su dializador, no pudiendo aceptar que “*si el SAS no tiene la categoría específica de = 2.00m² y se ha admitido siempre en la Comunidad Autónoma de Andalucía que el = a 2.00m² se englobe dentro de la clasificación del >2.00m², ahora sea motivo de exclusión”.*

2. Que los parámetros de aclaramientos in vitro del dializador que ofertó son los mejores, no suponiendo un perjuicio para el paciente en diálisis sino un beneficio “*por permitir la realización de técnicas con mayores volúmenes convectivos, mejores aclaramientos de toxinas urémicas de tamaño bajo y medio, y evitando que la pérdida de albúmina suponga una complicación adicional para un perfil de paciente*



bastante perjudicado por todas las morbilidades asociadas a su enfermedad renal crónica. Los valores que aparecen en las diferentes fichas técnicas, comparados para las condiciones de tratamiento que constan en la información de cada uno de los dializadores concurrentes a este expediente, constatan esta superioridad del dializador Xevonta Hi 20.”.

Por tanto, sostiene que *“la exclusión por disponer de menor superficie no está justificada a las prestaciones técnicas del dializador presentado”*, pues los parámetros de rendimiento del mismo justifican la superioridad reflejada en la valoración realizada por la comisión técnica.

3. La exclusión se acordó sin solicitarle aclaración sobre la razón de que el producto estuviera registrado en la superficie de $>2.00\text{m}^2$. Y cita resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales sobre los principios antiformalista y de proporcionalidad y sobre la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas.

Frente a los alegatos del recurso se alzan el órgano de contratación en su informe y PALEX en su escrito de alegaciones, dando aquí por reproducidos sus respectivos argumentos de oposición.

SEXTO. Procede, pues, examinar si la implícita exclusión de la oferta de B.BRAUN en el lote 9 de la agrupación 2 es conforme a Derecho.

Para ello, el punto de partida es la descripción del bien del lote 9 en el Anexo I del PPT como *“DIALIZADOR CAPILAR SINTÉTICO / ALTA PERMEABILIDAD $>2\text{m}^2$ ”*, siendo un hecho reconocido por la recurrente que el dializador que ofertó al citado lote tenía una superficie de 2m^2 .

Sobre el incumplimiento de las prescripciones técnicas y sus consecuencias, existe una doctrina consolidada de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos. Así, en nuestra Resolución 319/2020, de 24 de septiembre, reproducíamos parcialmente la 214/2020, de 18 de junio, donde indicábamos lo siguiente:

«Como señalamos en nuestra Resolución 397/2015, de 25 de noviembre, “(...) hemos de distinguir entre aquellas características técnicas del objeto contractual que son requisitos mínimos necesarios



para poder participar en la licitación (v.g. unas determinadas medidas, peso o altura del producto que se desea adquirir, cuyo incumplimiento determinarán que la oferta no sea apta para responder a las necesidades descritas por la Administración) y otro tipo de exigencias del PPT como la aquí analizada, referidas a obligaciones que asume el adjudicatario, cuyo incumplimiento no puede presumirse ab initio. (...) En tal sentido, también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado. Así, la Resolución 898/2015, de 5 de octubre, de dicho Tribunal, recogiendo la doctrina ya sentada por el mismo, viene a afirmar que en muchos casos el cumplimiento de las prescripciones técnicas debe verificarse en fase de ejecución del contrato, sin que pueda presuponerse ab initio (...). En este punto, sigue señalando la Resolución citada, una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato solo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador”.

Asimismo, en la reciente Resolución 35/2020, de 6 de febrero, señalamos que << (...) El PPT no prevé en ninguno de sus apartados que dichas especificaciones, en cuanto a la cantidad de cada uno de los componentes, deban ser solo aproximadas, y tampoco admite margen o porcentaje concreto de variación (en más o en menos) para ninguno de los componentes.

(...) Ello revela que la oferta de la adjudicataria al lote 22 ha incumplido las especificaciones del PPT, pliego que no admite modulación o variación en su cumplimiento.

(...) Como ya tuvo ocasión de declarar este Tribunal en su Resolución 307/2018, de 2 de noviembre, ante un supuesto similar en el que se planteaba, en sede de valoración de las ofertas, la flexibilización de las características técnicas del PPT para los productos licitados, “(...) los términos del PPT no admiten modulación ni funcionalidad equivalente respecto de los distintos elementos que componen los lotes de la agrupación, por lo que una oferta que no se ajuste a sus requerimientos técnicos supondría una alternativa a las exigencias del pliego que no puede admitirse so pena de vulnerar el principio lex contractus -también predicable del PPT conforme a reiterada doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de recursos contractuales- el de igualdad de trato, en perjuicio de aquellas ofertas que sí pudieran adecuarse a tales exigencias y el de seguridad jurídica (...)



En el sentido expuesto, es también abundante y constante la doctrina de los Tribunales de justicia (v.g. Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2017 -Roj: SAN 655/2017-) y de otros Órganos de recursos contractuales (v.g. Resoluciones 149/2017, de 10 de mayo, y 228/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad e Madrid, Acuerdo 33/2017, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y Resolución 8/2016, de 11 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León) relativa a que las prescripciones técnicas son requisitos que las ofertas de los licitadores deben cumplir de modo obligado para poder continuar en la licitación, hallándose vinculados a las mismas tanto los licitadores como la propia Administración, quien no puede establecer unas condiciones para luego incumplirlas o relativizar su observancia”>>».

En el supuesto analizado, el requisito del PPT en controversia afecta a la propia denominación o descripción del bien en el PPT. Es decir, la exigencia de una superficie superior a 2m² no es solamente una especificación técnica del producto, sino que forma parte de su propia configuración como tal; siendo taxativo el pliego en cuanto a su superficie, no admitiendo que esta tenga 2 m² o menos, sino solo más de 2 m².

De este modo, el incumplimiento del PPT es claro, no ajustándose el producto ofertado por la recurrente a la descripción del lote 9. B.BRAUN pudo impugnar el pliego si no estaba de acuerdo con dicha descripción, pero no consta que lo hiciera y sí que presentó su proposición al reiterado lote aceptando íntegramente la descripción del producto incluido en él; por lo que el PPT ha devenido en acto firme y consentido que vincula no solo a la recurrente sino al propio órgano de contratación, el cual no puede apartarse de las condiciones de la licitación que él mismo ha establecido en beneficio de un licitador, sin vulnerar el principio de igualdad de trato respecto al resto de entidades participantes que sí han respetado el requisito incumplido por la recurrente.

Llegados a este punto, ninguno de los tres argumentos del recurso puede acogerse por este Tribunal y ello por las siguientes razones:



1. La afirmación de la recurrente de que su oferta cumple el requisito de superficie superior a 2m² porque en esta categoría se engloban las superficies iguales a 2m² es incierta a todas luces, aunque la diferencia entre ambas dimensiones pudiera resultar insignificante para la utilidad práctica del producto. Además, se ha de dar la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que *“El hecho de que la empresa asociara su CIP al producto existente en el banco de productos que exige alta permeabilidad >2m², por aproximación a dicha dimensión, no convalida automáticamente el cumplimiento del requisito de dimensión exigido. La empresa ha tenido tiempo suficiente, desde que en 2009 inscribió su producto, para solicitar al Banco de Bienes y Servicios del SAS la creación de una categoría de productos en la que se incluyera la superficie “=2,0 m²” o la modificación de las existentes para que la englobaran, hecho que se habría producido en un breve plazo de tiempo.*

*Admitir el producto ofertado podría crear un perjuicio respecto a otros potenciales licitadores que pudieron optar por no presentar oferta a esta licitación, en base a las características de su producto si no constaba con una superficie **mayor a 2.0 m²**.”.*

Ademas, según resulta del escrito de recurso, B.BRAUN disponía, en su gama de dializadores de alto flujo, de un modelo que sí podía responder a la descripción del lote 9 al tener una superficie de 2.3 m², pero que sin embargo no ofertó y con el que posiblemente habría satisfecho los requerimientos del PPT.

Por último, tampoco cambia la realidad del incumplimiento y consiguiente exclusión de la oferta, el hecho de que en otras licitaciones provinciales promovidas por el Servicio Andaluz de Salud se haya aceptado el dializador aquí cuestionado, porque cada licitación es independiente de las demás, se rige por sus propios pliegos y es aprobada por sus propios órganos; de modo que decisiones adoptadas en licitaciones previas de otros ámbitos territoriales no vinculan en otro distinto; sin que, además, tenga que presumirse la validez de aquellas actuaciones precedentes frente a la aquí impugnada.

Como señalamos recientemente en nuestra Resolución 59/2021, de 18 de febrero, *“este Tribunal ha de poner de manifiesto como en otras muchas ocasiones (v.g. Resoluciones 336/2018, de 30 de noviembre, 299/2018, de 25 de octubre, 236/2018, de 8 de agosto, 61/2019, de 7 de marzo, 79/2019, de 21 de marzo, 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio, 257/2019, de 9 de agosto, 250/2020, de 16*



de julio y 340/2020, de 15 de octubre, entre otras), el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales".

2. El hecho de que el dializador ofertado disponga de prestaciones técnicas más elevadas que los restantes que concurren al lote 9 no minimiza los efectos del incumplimiento del PPT en cuanto a la superficie exigida. No cabe compensar la superioridad de unas prestaciones con el incumplimiento de otras para atemperar las consecuencias de la infracción y no excluir la oferta. De haber procedido así el órgano de contratación habría vulnerado los pliegos y el principio de igualdad de trato, no existiendo ámbito de discrecionalidad administrativa para modular las consecuencias de un incumplimiento objetivo del PPT que afecta a la propia configuración del producto licitado.

3. Por último, la decisión de exclusión no es desproporcionada ni formalista y mucho menos estaba sujeta a una previa solicitud de aclaración de su oferta a B.BRAUN. No se entiende cómo la recurrente podría soslayar por vía de aclaración el incumplimiento objetivo de una medida concreta de superficie, sin que ello supusiera alteración o modificación de su proposición inicial. Por otro lado, si lo que pretendía por vía de aclaración era exponer la razón de que el producto estuviera registrado en el Banco de Productos del Servicio Andaluz de Salud en la superficie de " $>2.00\text{m}^2$ ", tal aclaración o justificación hubiera resultado infructuosa pues no habría demostrado con ello el cumplimiento de la superficie exigida en el PPT.

Es conocida la doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos sobre la imposibilidad de modificar el contenido de las proposiciones por vía de subsanación o aclaración del contenido de las ofertas. Por todas, se cita la Resolución 14/2021, de 21 de enero, de este Tribunal en la que se hace mención a otras anteriores como las Resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 331/2015, de 1 de octubre, 108/2016, de 20 de mayo, 163/2016, de 6 de julio, 220/2016, de 16 de septiembre, 289/2016, de 11 de noviembre, 12/2017, de 13 de febrero, 28/2017, de 9 de febrero, 182/2017, de 9 de septiembre, 61/2019, de 7 de marzo, y 303/2020, de 17 de septiembre, entre otras muchas.



Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser desestimado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **B.BRAUN MEDICAL, S.A.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 16 de octubre de 2020, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del “Acuerdo marco con una única empresa para el suministro de material para hemodiálisis, con cesión de uso de determinado equipamiento necesario para la utilización del material, con destino a los centros vinculados a la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería” respecto al lote 9 de la agrupación 2, promovido por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 937/2019).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 19 de noviembre de 2021.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

