

Recurso 311/2019

Resolución 35/2020

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

Sevilla, 6 de febrero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución, de 12 de julio de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, por la que se adjudica el contrato denominado «Suministro de sustitutivos de la sangre y soluciones para perfusión (fluidoterapia, sueros) correspondiente al subgrupo del Catálogo de Bienes y Servicios SU.PC.FARM.B.O.5 para los centros integrantes de la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería», respecto al **lote 22** (Expte. 954/2018), convocado por el citado Hospital Universitario, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de febrero de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el 1 de marzo de 2019 el citado anuncio se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del contrato asciende a 5.008.399,75 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente que licitó, entre otros, al lote 22 cuya adjudicación es objeto de la presente impugnación.

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 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 12 de julio de 2019, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato. En concreto, el lote 22 fue adjudicado a la entidad B. BRAUN MEDICAL, S.A. La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 16 de julio de 2019 y remitida a la entidad recurrente mediante escrito con registro de salida del órgano de contratación el 17 de julio de 2019, sin que conste la fecha de recepción de la notificación practicada.

CUARTO. El 1 de agosto de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. (FRESENIUS, en adelante) contra la resolución de adjudicación del lote 22 del contrato.

QUINTO. Mediante oficio de 2 de agosto de 2019, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso, solicitándole el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 19 de agosto.

SEXTO. Mediante escrito de 3 de septiembre de 2019, se dio traslado del recurso al único licitador interesado en el procedimiento, B. BRAUN MEDICAL, S.A. (B.BRAUN, en adelante), concediéndole un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, no habiéndolas realizado en el plazo conferido.



SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso no se ha podido cumplir el plazo para resolver dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 1 del artículo 46 de la LCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

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

Es objeto de impugnación la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo del artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

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:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.»



Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que «*Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.»

En el supuesto analizado, no consta la fecha de notificación de la adjudicación a la entidad recurrente, pero aun computando el plazo a partir del 16 de julio de 2019 en que la adjudicación se publicó en el perfil de contratante, se habría interpuesto en plazo legal el recurso presentado el 1 de agosto en el Registro de este Tribunal.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar la cuestión de fondo suscitada en el mismo.

FRESENIUS solicita la anulación de la adjudicación del lote 22 del contrato, con retroacción de las actuaciones a fin de que se excluya la oferta presentada por la entidad adjudicataria B. BRAUN al citado lote, con las consecuencias derivadas de dicha exclusión; en particular, la necesaria adjudicación del lote a su favor, al ser la única empresa que ha presentado una oferta válida.

Conforme al anexo I del pliego de prescripciones técnicas (PPT), el lote 22 del contrato se refiere al producto “HIDROXIETIL ALMIDÓN”, siendo sus especificaciones técnicas las siguientes:

“HIDROXIETIL ALMIDÓN 6G / POTASIO CLORURO 30MG / SODIO CLORURO 602 MG / MAGNESIO CLORURO 30MG / ACETATO SÓDICO 463MG”.

FRESENIUS alega que el PPT no permite variantes y que el producto ofertado por B.BRAUN al lote 22 presenta una composición distinta a la descrita en las especificaciones técnicas del pliego. Así, el producto ofertado por la adjudicataria contiene 625 mg. de sodio cloruro, excediendo en 23 mg. la concentración exigida, 20 mg. de cloruro magnesio, cuando el PPT exige 30 mg., 327 mg. de acetato sódico (136 mg. menos de los exigidos) y, por último, tiene dos componentes no incluidos en la composición exigida por el PPT: 67 mg. de ácido 1-málico y 37 mg. de cloruro cálcico, en contra de las recomendaciones previstas en



la *"Guía sobre transfusión de componentes sanguíneos y derivados plasmáticos"* de la Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y Terapia Celular (SETS).

Considera, pues, la recurrente que la oferta de la adjudicataria en el lote 22 no reúne las especificaciones técnicas exigidas por el PPT en cuanto a su composición y, en consecuencia, el órgano de contratación no debió admitirla. Señala que, como tiene declarado este Tribunal, es necesario que la oferta se ajuste a las características técnicas exigidas en los pliegos, que vinculan también a la Administración autora de los mismos, siendo contrario al principio de igualdad la aceptación de proposiciones que no cumplan las citadas prescripciones técnicas.

En el informe al recurso, el órgano de contratación se alza frente a los argumentos de la recurrente manifestando que:

1. La comisión técnica que valoró las ofertas con arreglo a los criterios sujetos a juicio de valor consideró que tanto el producto de B.BRAUN como el de FRESENIUS cumplían las exigencias técnicas de los pliegos.
2. Las cantidades de *"hidroxietilalmidón"* y *"electrolíticos"* que debe contener la solución adjudicataria no pueden considerarse rígidas, siendo aceptable un rango que se aproxime a las descritas en el PPT, precisamente para no limitar la concurrencia competitiva. Lo importante es que ambas ofertas (FRESENIUS y B.BRAUN) tienen la misma cantidad de *"hidroxietilalmidón"* (descripción del producto). Las diferencias electrolíticas (calcio, magnesio, sodio y potasio) del producto ofertado por B.BRAUN respecto a lo que indica el PPT son mínimas y se consideran irrelevantes desde el punto de vista clínico.

Se ha de indicar que los pacientes tratados con expansores plasmáticos son pacientes ingresados en un centro sanitario y están sometidos a monitorización analítica intensiva continua tanto por las patologías que presentan como por la medicación que reciben, por lo que la eficacia y seguridad secundaria a su administración están garantizadas.

3. Estamos en una rama del catálogo de productos farmacéuticos en la que, para que una oferta obtenga el Código de Identificación del Producto (CIP.) asociado a la misma, ha pasado una serie de filtros muy estrictos. En este caso, el producto ofertado por B BRAUN tiene autorizada su comercialización por la



Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios teniendo asignado el Código Nacional 659080, y dispone de CIP porque reúne las características del Código Universal del Catálogo SAS SU.PC. FARM. B.0.5.A.A.07 que se ha licitado, sin que aquel producto pueda considerarse una variante de este.

Precisamente, esta licitación se promovió con Código Universal SAS para posibilitar la máxima concurrencia.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. Al respecto, hemos de partir del dato de que las especificaciones técnicas del lote 22 para el producto HIDROXIETIL ALMIDÓN, que antes se han transcrito, son claras y concretas. 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.

Así las cosas, este Tribunal ha podido comprobar la composición cualitativa y cuantitativa del producto ofertado por B.BRAUN (ISOHES 6%), apreciándose en el mismo las variaciones respecto al PPT que han sido expuestas por la recurrente respecto a alguno de los componentes de dicho producto. 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.

Es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resolución 377/2019, de 7 de noviembre, por citar alguna de las más recientes) que los pliegos, una vez aprobados y aceptados por los licitadores al presentar sus ofertas, vinculan no solo a estos, sino también al órgano de contratación que no puede apartarse ya de su contenido respecto a un licitador concreto, sin vulnerar el principio de igualdad de trato respecto al resto.

Si el órgano de contratación, como alega ahora en el informe al recurso, consideraba que las cantidades de los componentes del producto conforme al PPT no debían considerarse rígidas y que era posible un rango de aproximación a las descritas en el pliego, debió preverlo con claridad en dicho documento contractual para general conocimiento de todos los licitadores. Al no haberlo hecho, se autolimitó en su facultad posterior de apreciación, quedándole vetado flexibilizar las exigencias del pliego en favor de una mayor concurrencia, pues en tal caso, como de hecho ha sucedido, estaría beneficiando al licitador cuyo producto



no se ajustaba a los requerimientos exigidos, en perjuicio de aquel otro que pudo respetar dichas exigencias. En tal sentido, se ha pronunciado el Tribunal General de la Unión Europea, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), al afirmar que si la entidad contratante “*no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores*”.

Tampoco puede admitirse el alegato del órgano de contratación cuando afirma que lo importante es que ambas ofertas (FRESENIUS y B.BRAUN) tienen la misma cantidad de “*hidroxietilalmidón*” (descripción del producto) y que las diferencias electrolíticas (calcio, magnesio, sodio y potasio) del producto ofertado por B.BRAUN respecto a lo que indica el PPT son mínimas e irrelevantes. El Anexo I del PPT, al describir las especificaciones técnicas del producto, no distingue entre componentes en orden a su cumplimiento. En este sentido, el hecho de que la oferta de B.BRAUN cumpla con la cantidad de hidroxietil almidón que establece el PPT no es suficiente para considerar que la misma se ajusta al citado pliego, puesto que en otros componentes del producto no respeta las cantidades establecidas.

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.*

Quiere decirse, pues, que la complejidad que pueda suponer el que una determinada oferta satisfaga todas las prescripciones técnicas de los 54 lotes de la agrupación no debe llevar a la relativización de su cumplimiento o a la admisión de modos equivalentes de cumplimiento, máxime cuando el PPT no admite modulaciones o alternativas posibles, circunstancia esta que, de haberse previsto en los pliegos, hubiera permitido un margen de discrecionalidad en el órgano técnico evaluador a la hora de verificar el cumplimiento de aquellas exigencias. Así pues, a falta de otra



previsión en los pliegos y tratándose de requisitos cuya existencia es constatable de un modo objetivo, el criterio que debe regir para decidir sobre su observancia es el de su propia existencia en los términos descritos en los documentos de la licitación, sin admitir interpretaciones que fuercen el cumplimiento en términos de equivalencia.

Si el órgano de contratación era consciente de la dificultad expuesta, como así se desprende de sus informes a los recursos, debió buscar soluciones al principio en el momento de redactar los pliegos y no con posterioridad en la fase de valoración de las ofertas introduciendo criterios flexibles en la admisión de las proposiciones -que tampoco detalla ni explica en ningún momento- y apartándose del tenor de unos pliegos que él mismo aprobó y a los que se halla vinculado.

En definitiva, dicho órgano debió tener en cuenta que la concurrencia podía verse mermada con una configuración del objeto en grandes agrupaciones -como la aquí examinada que aglutina 54 lotes- y con unas especificaciones técnicas por lote que no admiten margen de apreciación ni modulación o alternativa en la verificación de su cumplimiento, -como hubiera sido posible si las mismas se hubieran definido en términos de rendimiento o de exigencias funcionales conforme establece el artículo 117.2 del TRLCSP-, sin que el citado órgano pueda con posterioridad suavizar o relativizar unas exigencias técnicas iniciales que él mismo aprobó.

(...) 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 de 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”.

Procede, pues, la estimación del recurso y la anulación de la adjudicación del lote 22, con retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta adjudicataria del citado lote, con continuación del procedimiento y, de resultar procedente, nueva adjudicación del lote.

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



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución, de 12 de julio de 2019, de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado «Suministro de sustitutivos de la sangre y soluciones para perfusión (fluidoterapia, sueros) correspondiente al subgrupo del Catálogo de Bienes y Servicios SU.PC.FARM.B.O.5 para los centros integrantes de la Plataforma de Logística Sanitaria de Almería», respecto al **lote 22** (Expte. 954/2018), y en consecuencia anular la adjudicación del citado lote, con retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta adjudicataria.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto al lote 22 del contrato.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

