

**Recurso 61/2021**

**Resolución 271/2021**

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

Sevilla, 8 de julio de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Acuerdo Marco con una única empresa para el suministro de material específico para perfusión por bombas volumétricas y de jeringa para tratamiento endovenoso de medicación, fluidos y sangre con cesión de uso y mantenimiento de las bombas compatibles con el sistema de infusión con destino a centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud y Agencia de Salud Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol” (Expte.1001/2019), respecto de la Agrupación 1, lotes 1 y 2, promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 7 de septiembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco para el suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 3.847.605,83 euros.



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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la sesión de 27 de enero de 2021, la mesa de contratación adopta el acuerdo de exclusión, respecto de los lotes 1 y 2, agrupación número 1, de la entidad FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., (en adelante FRESENIUS).

**SEGUNDO.** Con fecha 15 de febrero de 2021, fue presentado en el registro de entrada de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FRESENIUS contra el citado acuerdo de exclusión de 27 de enero de 2021.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 15 de febrero de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 19 de febrero 2021.

Con fecha 2 de marzo de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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 entidad licitadora, respecto de los lotes del 1 y 2, agrupación 1, en el procedimiento de adjudicación de referencia, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.



**TERCERO.** En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto el acuerdo de exclusión, de un acuerdo marco para suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.b) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente con fecha 29 de enero de 2021 y el escrito de recurso ha sido presentado con fecha 15 de febrero de 2021, por lo que, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

La mesa de contratación, en su sesión celebrada el día 12 de noviembre de 2020, procede a la apertura de los sobres número 2, relativos a la documentación técnica, y acuerda la entrega de los mismos a la comisión técnica específica constituida al efecto, para que elabore el correspondiente informe, de acuerdo con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT).

La mencionada comisión técnica emite su informe con fecha 18 de diciembre de 2020, según el cual la recurrente no cumple con lo establecido en el PPT en cuanto a la agrupación 1, lotes 1 y 2. A continuación, con fecha 27 de enero de 2021, la mesa se reúne para la valoración y análisis del citado informe -entre otros extremos-. De acuerdo con el contenido del mismo, ninguna de las dos licitadoras que presentan oferta para la agrupación 1 cumplen con las prescripciones del PPT, por lo que, la mesa acuerda elevar al órgano de contratación la propuesta de declarar desierta la citada agrupación 1.

Disconforme con la decisión de exclusión adoptada por la mesa, FRESENIUS presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto, solicitando en su escrito a este Tribunal lo



siguiente: *“(...) resuelva en el momento oportuno declarar la anulación de dicha decisión de exclusión por haber sido dictada en contravención de los principios esenciales de no discriminación, interdicción de arbitrariedad en la actividad de la administración, seguridad jurídica, integridad y definición previa de las necesidades a satisfacer.”*

Y añade *“que en el momento procesal oportuno resuelva declarar la retroacción del concurso respecto de dicha agrupación a efectos de apertura de los sobres 3 y 4 relativos a la propuesta económica y criterios de valoración automáticos contenidos en la oferta de mi representada.”*

En particular, centra sus argumentos en los siguientes alegatos:

1- Sostiene que, el órgano de contratación ha incurrido en un error con respecto a la definición relativa a la “opacidad” contemplada en los lotes 1 y 2 de la agrupación 1 lo que supone *<<una desviación respecto del principio contenido en el artículo 1 LCSP relativo al requisito de “definición previa de las necesidades a satisfacer”>>*.

2- Argumenta que es posible presentar un mismo producto a varios lotes cuando dicho producto cumpla con las especificaciones técnica requeridas para cada uno de ellos respectivamente.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe, con fecha 18 de febrero de 2021, en el que rebate la posición de la recurrente.

**SEXTO.** Expuestas las argumentaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede ahora su examen.

Con respecto al primer alegato, la recurrente -apoyándose en la doctrina de diversos Tribunales- combate la decisión de exclusión de la mesa argumentando lo siguiente:

*“Tal y como explica el informe técnico mencionado, el Anexo I al PPT establece las características técnicas que deben reunir los productos ofertados. Para el Lote 1 el PPT pide que la jeringa sea “NO OPACA” mientras que para el Lote 2 pide que la jeringa ofertada sea “OPACA”. Dado que el término “OPACA” suscitó dudas interpretativas respecto de su significado, FRESENIUS envió (antes de la finalización del plazo para la presentación de su oferta)*



*una consulta pidiendo aclaración sobre el significado que había que darle a este término en el lote 2 (Documento n° 8).*

*La intención de FRESENIUS era saber si el término “OPACA” exigido en el Lote 2 debía entenderse como propiedad que permita ver el contenido a través de la jeringa.*

*La respuesta (Documento n° 9) por parte del servicio de contratación es que por “OPACA” debemos entender que el producto sea, bien “fotoprotector”, o bien “translúcido”.*

*(...)*

*Dicha respuesta es la que da pie a FRESENIUS a presentar el mismo producto como oferta para los lotes 1 y 2, pues cumple tanto con el requisito del primer lote y como del segundo. Lo explicamos.*

*La “opacidad” se define (tomando como base lo dispuesto en la RAE) como aquella propiedad “que impide el paso a la luz”. Como contraposición a ello tenemos la “transparencia” que se define como “Dicho de un cuerpo translúcido”, es decir que deja pasar la luz.*

*No existe duda de que el producto ofertado por FRESENIUS para el Lote 1 cumple con el requisito de “no opacidad”. Dicho de otro modo, cuando lo que se pide es “no opacidad” no puede esperarse algo distinto a que el producto sea transparente, es decir que sea “translúcido” aplicando el sentido clásico del término.*

*Por otro lado, cuando la respuesta del servicio de contratación de la Plataforma Logística de Málaga a la consulta planteada por FRESENIUS es definir “OPACO” como “translúcido” para el Lote 2, nos encontramos con la existencia de una dicotomía terminológica ya que el sentido de lo exigido en este lote al pedir “OPACO” no es lo que cabría esperar aplicando la definición clásica del término (es decir, que impide el paso de la luz), sino que se refieren de nuevo a que el producto permita dejar pasar la luz para permitir ver el contenido.*

*En este contexto, el producto ofertado por FRESENIUS cumple así mismo la previsión del Lote 2.*

*Si la respuesta de la Plataforma a la pregunta planteada hubiera sido otra el resultado podría haber sido diferente.*

*Pero en este caso y con todo respeto, partimos de que se ha inducido a confusión a mi representada dándole a entender la posibilidad de ofertar un producto para el lote 2 para luego desestimar la propuesta cuando ésta ha sido presentada teniendo en cuenta las precisiones dictadas por la propia administración.*

*(...)*

*Especial relevancia adquiere aquí la mención al principio de no ir en contra de los actos propios, pues la administración parece contradecirse al facilitar las indicaciones contenidas en la respuesta facilitada a FRESENIUS (Documento n° 9) para después excluir a mi representada por seguir dichas indicaciones.*

*(...)*

*Del mismo modo entendemos plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 1.288 del Código Civil en virtud del cual, la oscuridad en el clausulado no debe favorecer a quien la haya generado:*

*Esta representación es consciente del criterio unánimemente compartido por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales por el cual el Tribunal que conoce del asunto no puede entrar a corregir criterios de índole*



*técnico aplicando criterios jurídicos. Si bien ello es así, entendemos que el Tribunal sí puede entrar a valorar el resultado de las valoraciones cuando éstas entrañen posibles defectos de procedimiento al existir riesgo de arbitrariedad o discriminación*

*(...)*

*Por todo lo anterior no podemos sino oponernos íntegramente a un acto de exclusión basado en una divergencia interpretativa generada por el propio órgano de contratación.”*

Por lo tanto, independientemente del debate puramente terminológico que plantea la recurrente, la controversia radica en discernir si la oferta presentada por FRESENIUS incumple las prescripciones técnicas establecidas en los pliegos -tal como concluye la comisión técnica- en cuyo caso la decisión de exclusión de la mesa es ajustada a derecho o si, por el contrario, la oferta de la recurrente da cumplimiento a los requisitos establecidos en los pliegos, en cuyo caso la decisión de la mesa sería errónea.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

*<<1. (...) Como puede apreciarse, ambos lotes de esa agrupación, son similares en sus características técnicas, con la única excepción de que el lote número 1 exige “...OPACA NO...” y el lote número 2 exige “...OPACA...”. Es decir, se trata de dos productos diferentes, donde la característica diferenciadora de cada uno de ellos deriva de la utilización de la palabra “OPACA”, lo que significa, a mayor abundamiento, que no es posible que un mismo bien / artículo disponga de ambas características a la vez, permitiendo ser ofertado, de forma única, a ambos lotes.*

*2. Como se señala, por el recurrente, se realizó una consulta por el recurrente en relación a “...En la AGRUPACIÓN 1 – LOTE 2 .A que se refiere con OPACA? Se entiende que debe permitir ver a través de la jeringa?...”*

*La contestación a dicha solicitud, que hace referencia sólo a “Agrupación 1 - Lote 2” fue, por esta Administración la siguiente:*

*“ en AG 1, lote 2, así como en todas las demás agrupaciones y lotes en la que se menciona jeringas OPACAS: la jeringa debe permitir ver el contenido interior por seguridad para el paciente, por lo que deben ser fotoprotectoras O translúcidas”.*

*Como puede observarse, la información facilitada por la Administración hace referencia a qué debe entenderse por la palabra OPACA, de tal forma, que donde dicha palabra esté referenciada (en relación a los lotes de la agrupación número 1) debe entenderse esa característica de “fotoprotector o translúcido”.*



3. Es decir, la Administración ha contestado al recurrente, que la interpretación de la palabra OPACA no es sólo en relación al lote número 2 (como se señalaba por el recurrente) sino también del lote número 1, al referenciarse en la contestación realizada "...así como en todas las demás agrupaciones y lotes en la que se menciona jeringas OPACAS...", por lo que las ofertas realizadas en el lote número 1 deberán disponer de la característica "...FOTOPROTECTOR O TRANSLÚCIDO NO..." y las que se realicen en el lote número 2 deberán disponer de la característica "...FOTOPROTECTOR O TRANSLÚCIDO..."

Como puede observarse, de la contestación facilitada, así como de la interpretación sistemática que debe darse a la misma, se sigue manteniendo la misma consecuencia: no es posible que un mismo artículo cumpla las características técnicas de dos lotes que poseen propiedades exigidas diferentes, y contrarias a la vez.

4. El recurrente lo que hace es una interpretación interesada, y arbitraria (dicho con el debido respeto) sobre lo acontecido y su trascendencia en la interpretación de las características, acomodando que la contestación de lo exigido en la Agrupación 1 – Lote 2 es que las "jeringas sean fotoprotectoras o translúcidas", cumpliendo así las características técnicas de la oferta técnica realizada a dicha lote.

5. De admitirse lo dispuesto por el recurrente, se estaría afectando a la seguridad jurídica y al principio de igualdad de trato de cualquier operador económico, donde con la lectura atenta, y bajo el principio de interpretación sistemática de lo señalado en el lote número 1 y lote número 2 de esa agrupación, la diferencia entre lo que tiene que ser ofertado en un lote y en otro radica sólo en el carácter opaco (fotoprotector o translúcido) del bien ofertado en cada uno de ellos, impidiéndose, por la lectura expresa del contenido técnico del PPT (características técnicas anexo I PPT) que un mismo bien pueda cumplir las características de ambos lotes.

6. La lectura atenta, y bajo un principio básico, y estricto, de interpretación del contenido literal de las características técnicas señaladas para los diversos lotes de la agrupación número 1, asegura que la Administración ha licitado un total de ocho productos (ocho lotes) en esa Agrupación, y que deben adjudicarse ocho productos (ocho referencias técnicas), y no siete, seis, cinco...máxime cuando el propio apartado 6 del Cuadro Resumen no contempla la existencia de "variantes".

(...)

Como puede apreciarse por ese Tribunal, señalado con el debido respeto hacia el operador económico recurrente y a ese órgano, la empresa FKE ha realizado una interpretación sesgada e interesada de lo aclarado por esta Administración, en un intento de dar viabilidad jurídica a su oferta técnica realizada, que no contempla la presentación de dos tipologías de jeringas (diferentes) como exige la documentación del expediente."



Pues bien, procede ahora indicar que nos encontramos ante un expediente que se licita por agrupaciones de lotes, tal como dispone la cláusula 12 del PCAP, relativa a las características del suministro:

*“12. El expediente se licita [por] agrupaciones de lotes. Los lotes que forman parte de una agrupación deberán ofertarse de manera unificada, es decir, las empresas que liciten a una agrupación deben presentar ofertas en todos los lotes de la agrupación. Serán excluidas las proposiciones que no presenten oferta a alguno de los lotes incluidos en una agrupación.”*

Por su parte, el apartado 5 del cuadro resumen, referido al objeto del acuerdo marco, indica -con respecto a la agrupación 1- que:

*“Desde un punto de vista de la seguridad del paciente, existen determinados condicionantes en la adjudicación de material fungible para uso con bombas volumétricas o de jeringas de perfusión endovenosa. (...)*

*Es por ello que se solicitan 2 jeringas para bombas de jeringa:*

*a. Jeringa 50 ml estándar;*

*b. Jeringa 50 ml Opaca ”*

A continuación, en el anexo A del cuadro resumen, referido a los criterios de adjudicación, y en cuanto a la valoración técnica en los lotes y agrupaciones de lotes, se recoge que *“no serán objeto de valoración funcional aquellas ofertas que no cumplan las prescripciones técnicas solicitadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

Asimismo, en el anexo I del PPT se especifican las características técnicas de cada artículo que, con respecto a las jeringas de los lotes 1 y 2 de la agrupación 1, son las siguientes:

Lote 1: *“Administración de fluidos mediante bomba de infusión. Jeringa de tres cuerpos constituida por cuerpo cilíndrico, cono luer-lock concéntrico, con escala medidora graduada en milímetros de lectura nítida e imborrable, con alas de sujeción, ligeramente siliconado en su interior, con émbolo formado por vástago y pistón con junta de estanqueidad, con tope trasero de seguridad para evitar la salida accidental del émbolo y cánula. Adaptable a bomba de infusión. Graduación imborrable y de fácil lectura. OPACA NO. Material plástico. Capacidad de jeringa: 50-60ml. Estén embalados en sistema estéril, individual con fecha de caducidad, n.º de lote y referencia del proveedor, según normativa vigente”*





Lote 2: *“Administración de fluidos mediante bomba de infusión. Jeringa de tres cuerpos constituida por cuerpo cilíndrico, cono luer-lock concéntrico, con escala medidora graduada en milímetros de lectura nítida e imborrable, con alas de sujeción, ligeramente siliconado en su interior, con émbolo formado por vástago y pistón con junta de estanqueidad, con tope trasero de seguridad para evitar la salida accidental del émbolo y cánula. Adaptable a bomba de infusión. Graduación imborrable y de fácil lectura. OPACA. Material plástico. Capacidad de jeringa: 50-60ml. Estén embalados en sistema estéril, individual con fecha de caducidad, n.º de lote y referencia del proveedor, según normativa vigente”*

Como punto de partida, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular en lo referido al requisito de la opacidad -exigido o excluido- predicable de las jeringas de los lotes 1 y 2, de la agrupación número 1.

De acuerdo con todo lo expuesto, el informe técnico de 18 de diciembre de 2020 concluye que la oferta presentada por FRESENIUS no cumple el PPT, pues propone la misma referencia para los lotes 1 y 2, de tal manera que se incumpliría, al menos, uno de ellos ya que la característica de la opacidad es contrapuesta: en el lote 1 la jeringa es NO OPACA y en el lote 2 es OPACA.

Como podemos observar, las características técnicas de las jeringas, de los lotes 1 y 2 de la agrupación número 1, quedan adecuadamente establecidas en los pliegos, pivotando la diferencia entre ellas en la cualidad de la opacidad, no requerida en cuanto al lote 1 y sí requerida con respecto al lote 2 .

A pesar de la información de los pliegos, la hoy recurrente -empresa especializada en el sector, que no debería ser ajena a la descripción ofrecida en los pliegos y, máxime, tratándose de fungibles ordinarios como es el caso que nos ocupa- solicitó aclaración al órgano de contratación en los siguientes términos: *“En la AGRUPACIÓN 1 – LOTE 2 ¿A qué se refiere con OPACA? Se entiende que debe permitir ver a través de la jeringa?.* A dicha consulta, el órgano de contratación respondió lo siguiente: *“en AG 1, LOTE 2, así como en*



*todas las demás agrupaciones y lotes en la que se menciona jeringas OPACAS: la jeringa debe permitir ver el contenido interior por seguridad para el paciente, por lo que deben ser fotoprotectoras o translúcidas"*

De acuerdo con la descripción realizada en los pliegos y con la respuesta ofrecida por el órgano de contratación, este Tribunal -en contra de la argumentación sostenida por la recurrente- no aprecia falta de claridad respecto de los requisitos técnicos exigidos ni incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1 y 126.5 de la LCSP.

Conocido el contenido de los pliegos y atendida la consulta planteada, aún así FRESENIUS decide ofertar, en la agrupación número 1, la misma jeringa tanto para el lote 1 como para el lote 2. Pues bien, no cabe la menor duda de que tal decisión provocaría un incumplimiento de los pliegos -ya fuera con respecto al lote 1 o con respecto al lote 2-, pues con el mismo artículo -tal como sostiene el órgano de contratación- no es posible cumplir ambos requisitos referidos a la opacidad de la jeringa, ya que son contrapuestos.

La recurrente argumenta -centrando la discusión en un plano de carácter gramatical- que el órgano de contratación ha incurrido en contradicción al resolver la consulta. Para sostener tal afirmación recurre a la definición de la Real Academia de la Lengua Española del término "opacidad" construyendo la siguiente argumentación:

*"La "opacidad" se define (tomando como base lo dispuesto en la RAE) como aquella propiedad "que impide el paso a la luz". Como contraposición a ello tenemos la "transparencia" que se define como "Dicho de un cuerpo translúcido", es decir que deja pasar la luz.*

*No existe duda de que el producto ofertado por FRESENIUS para el Lote 1 cumple con el requisito de "no opacidad". Dicho de otro modo, cuando lo que se pide es "no opacidad" no puede esperarse algo distinto a que el producto sea transparente, es decir que sea "translúcido" aplicando el sentido clásico del término.*

*Por otro lado, cuando la respuesta del servicio de contratación de la Plataforma Logística de Málaga a la consulta planteada por FRESENIUS es definir "OPACO" como "translúcido" para el Lote 2, nos encontramos con la existencia de una dicotomía terminológica ya que el sentido de lo exigido en este lote al pedir "OPACO" no es lo que cabría esperar aplicando la definición clásica del término (es decir, que impide el paso de la luz), sino que se refieren de nuevo a que el producto permita dejar pasar la luz para permitir ver el contenido.*

*En este contexto, el producto ofertado por FRESENIUS cumple así mismo la previsión del Lote 2."*



Habiendo consultado, igualmente, este Tribunal el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española encontramos las siguientes definiciones (referidas sólo a las acepciones que aparecen en primer lugar):

*Opaco 1.adj. Que impide el paso a la luz, a diferencia de diáfano.*

*Transparente 1. Adj. Dicho de un cuerpo: Que permite ver los objetos con nitidez a través de él*

*Translúcido. 1 tr. Dicho de una cosa: Permitir conjeturar algo o entreverlo por algún antecedente o indicio*

*Fotoprotector Aviso: La palabra fotoprotector no está en el Diccionario.*

Fuera del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultadas otras fuentes (Oxford Languages and google) el término fotoprotector se define como: “[producto cosmético] Que protege de los efectos nocivos de las radiaciones solares en la piel”.

Como podemos observar el término “opaco”, al igual que los demás adjetivos utilizados para describir los requisitos técnicos que debían reunir las jeringas de los lotes 1 y 2, analizado fuera del argot de los profesionales de la medicina -que es lo que hace la recurrente- puede perder el sentido técnico y específico que tiene en este área profesional sanitaria. FRESENIUS es una licitadora que trabaja en este sector de la sanidad, por lo que, no resulta aceptable que recurra a las definiciones del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española con el único objetivo de construir su argumentación jurídica, apartándose de esta manera de la realidad del artículo en cuestión y realizando con ello una interpretación sesgada de la aclaración realizada por el órgano de contratación. Así, el término “opaco” se contrapone a “transparente” pero no a “translúcido” como pretende la recurrente, pues “transparente” y “translúcido” no tienen igual significado. Que a las jeringas “opacas” -frente a las no opacas o transparentes- se les atribuya los adjetivos de “fotoprotectoras o translúcidas” es comprensible incluso para una persona ajena al sector sanitario. Por ello, cuando la recurrente, obviando la cuestión esencial de que nos encontramos ante dos artículos distintos, oferta la misma jeringa en ambos casos, lo hace desde el exclusivo ámbito de su responsabilidad por lo que, no puede pretender, ahora, hacer partícipe de su decisión errónea al órgano de contratación achacándole falta de claridad en la definición de las prescripciones técnicas.

Así las cosas, este Tribunal considera que procede desestimar el presente alegato pues ha quedado zanjado que la oferta técnica presentada por FRESENIUS no cumple con los requerimientos de los pliegos y, por lo tanto, la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación ha sido ajustada a derecho.



Por último, y con respecto al segundo alegato que plantea la recurrente, relativo a la posibilidad de ofertar un mismo producto a varios lotes cuando dicho producto cumpla con las especificaciones técnicas requeridas, no cabe entrar en el análisis del mismo pues ello no se discute en el presente supuesto ni ha sido el fundamento de la decisión de exclusión. El debate, como hemos visto ut supra, se centra en que la recurrente ha ofertado un mismo artículo para dos lotes cuyas especificaciones técnicas son distintas y, de ahí, que no sea sostenible este segundo alegato que parte de una tesis inicial errónea, pues el artículo ofertado no cumple con las prescripciones técnicas -excluyentes entre sí- de ambos lotes.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Acuerdo Marco con una única empresa para el suministro de material específico para perfusión por bombas volumétricas y de jeringa para tratamiento endovenoso de medicación, fluidos y sangre con cesión de uso y mantenimiento de las bombas compatibles con el sistema de infusión con destino a centros sanitarios de la provincia de Málaga pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud y Agencia de Salud Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol” (Expte.1001/2019), respecto de la Agrupación 1, lotes 1 y 2, promovido por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

**SEGUNDO.** 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.

**TERCERO.** 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.

