

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 16 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de Fresenius Kabi España, S.A.U., contra la Resolución del Director Gerente del SUMMA 112, de fecha 2 de noviembre, por la que se adjudica el lote 15 del contrato de suministro denominado “Suministro de soluciones parenterales intravenosas con destino a las Unidades Asistenciales adscritas a la Gerencia del SUMMA 112”, número de expediente: SUMMA PA/SU/01/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 26 de junio de 2015 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, y 29 de junio en el Perfil de contratante, la Resolución del Director Gerente del SUMMA 112, por la que se publica la licitación del contrato mencionado, mediante procedimiento abierto, con criterio único precio, por tramitación ordinaria. El valor estimado asciende a 287.511,40 euros.

Segundo.- Al citado procedimiento concurrieron 5 licitadores. El 2 de noviembre de 2015 el Director Gerente del SUMMA 112 dictó Resolución de adjudicación del contrato.

En fecha 12 de noviembre 2015 se ha notificado a Fresenius la resolución de adjudicación a favor de la empresa B. Braun Medical, S.A.

Tercero.- El 30 de noviembre de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Fresenius Kabi España, S.A.U., en el que entiende no ajustada a derecho la adjudicación del lote 15 a favor de la empresa B. Braun Medical, S.A. al no cumplir ésta con los requisitos técnicos de obligado cumplimiento previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y solicita su exclusión de la licitación a dicho lote.

El 3 de diciembre de 2015 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 4 de diciembre de 2015, el Tribunal acordó mantener la suspensión del lote 15 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al intervenir en el procedimiento de contratación en calidad de licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP) y clasificado en segundo lugar.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 2 de noviembre de 2015, practicada la notificación el 12 de noviembre de 2015, e interpuesto el recurso el día 30 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación, de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación del contrato a una oferta que según la recurrente no cumple los requisitos técnicos del PPT.

El PPT describe el lote 15: Hidroxietilalmidón 6%, Sodio Cloruro 0,9% inyectable perfusión 500 ml - bolsa. En las especificaciones técnicas generales hace una referencia a los envases de plástico: *“serán de poliolefinas, serán autocolapsables manteniendo el ritmo de goteo de la solución durante toda la perfusión garantizando un sistema cerrado que no precise toma de aire para el vaciado completo. Primarán los envase libres de DEHP. En el caso particular de las bolsas serán libres de PVC y contarán con sobrebolsa protectora.”*

Afirma la recurrente que la oferta de B. Braun no cumple con el requisito técnico relativo a la presentación en bolsa, al haber ofertado un producto en envase plástico (semi-rígido) y no en bolsa. Asimismo señala que la composición del producto ofertado por B. Braun difiere de la descripción técnica pues se exige que la solución de Hidroxietilalmidón sea en cloruro sódico. El producto de B. Braun se encuentra en Ringer Acetato (con potasio).

Para la resolución del recurso debe partirse del carácter vinculante de ambos pliegos, tanto el PCAP como el PPT (los pliegos son *lex contractus* entre las partes). Así la cláusula 2 del PACP prevé que *“las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares”*. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP, la presentación de una oferta supone la aceptación incondicional de los pliegos que rigen la licitación sin salvedad o reserva alguna. Así lo recoge la cláusula 9 del PCAP: *“La presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad alguna.”*

La Administración es libre a la hora de confeccionar los pliegos a fin de obtener la oferta económicamente más ventajosa y de garantizar una eficiente utilización de los recursos públicos, en el sentido del artículo 1 del TRLCSP. Si bien con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22, 116 y 117 del TRLCSP, la Administración tiene la potestad para determinar los requisitos y características técnicas que deban reunir los productos objeto de suministro a fin de satisfacer las necesidades que se tratan de cubrir, una vez establecidas y consentidas, la adjudicación ha de ceñirse a tales requisitos y características, no pudiendo obviarlas en el momento de la adjudicación.

La vinculación de los pliegos, respecto de los licitadores, supone que una vez establecidas las condiciones en los mismos, y aceptadas éstas por los licitadores participantes, resulta obvio que las ofertas han de ajustarse a la descripción y características establecidas en el PPT, pues la aceptación de proposiciones que no

cumplen las prescripciones técnicas no permite una comparación en términos de igualdad que determine cuál es la económicamente más ventajosa, ya que la diferencia de condiciones técnicas y calidades influyen en la oferta económica y en la desigualdad a la hora de comparación de ofertas.

El informe del órgano de contratación al recurso afirma que se ha solicitado a la Responsable del Servicio de Farmacia, que volviera a revisar las muestras así como la documentación aportada por los licitadores al lote 15. Tras la revisión solicitada, el asesor técnico ha informado que efectivamente el producto ofertado en el número de orden 15 por el licitador B. Braun Medical, S.A. no cumple con las especificaciones técnicas solicitadas, principalmente por estar el hidroxietilalmidón en una solución distinta al cloruro sódico 0,9%. En consecuencia, el producto ofertado por B. Braun Medical, S.A. para el número de orden 15 debió haber quedado excluido y la adjudicación recaer en la siguiente oferta económica más ventajosa, que corresponde con la oferta presentada por Fresenius Kabi España, S.A.U.

El producto “Isohes” ofertado por B. Braun viene presentado en formato de “plástico” (o semi-rígido), siendo éste distinto al solicitado ya que el PPT exige para dicho formato de bolsa que cuenten con sobrebolsa protectora para garantizar la esterilidad.

Respecto a la prescripción relativa a la composición del producto el PPT exige que la solución de Hidroxietilalmidón sea en cloruro sódico. Según la ficha técnica del Isohes, el producto de B. Braun, se encuentra en una solución de Ringer Acetato (de potasio de 40 mmol/l).

En consecuencia, el producto ofertado por B. Braun Medical, S.A. no se ajusta a las prescripciones técnicas de obligado cumplimiento y debió ser rechazada, procediendo la estimación del recurso y la adjudicación del lote 15 a la siguiente oferta mejor clasificada que cumpla los requisitos técnicos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de Fresenius Kabi España, S.A.U., contra la Resolución del Director Gerente del SUMMA 112, de fecha 2 de noviembre, por la que se adjudica, en relación con el lote 15, el contrato denominado “Suministro de soluciones parenterales intravenosas con destino a las Unidades Asistenciales adscritas a la Gerencia del SUMMA 112”, anulando la misma, excluyendo a B. Braun Medical, S.A. de la licitación a dicho lote por no cumplir las especificaciones técnicas, procediendo la adjudicación a la siguiente oferta mejor clasificada que cumpla los requisitos técnicos previa cumplimentación de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión cuyo mantenimiento fue acordada por este Tribunal el día 4 de diciembre de 2015 respecto del lote 15.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos

meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.