

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

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.A.L., en nombre y representación de la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U., contra la Resolución de 6 de junio de 2018, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda por la que se adjudica el lote 5 “Hidroxietilalmidon 6% y cloruro sódico 0,9%” del contrato de “Suministro de medicamentos - Fluidoterapia con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, Madrid”, número de expediente PA GCASU2018-1-FAR, dividido en 8 lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 21, 22 de febrero y 1 de marzo de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE, BOE, BOCM y en el Perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, dividido en ocho lotes, por procedimiento abierto, con criterio único precio, y un plazo de ejecución de 24 meses, con un valor estimado de 2.090.147,10 euros.

**Segundo.-** Con fecha 19 de junio de 2018 se ha recibido en este Tribunal, previo el correspondiente anuncio al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación de la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U. (en adelante Fresenius), contra la Resolución de 6 de junio de 2018, del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda por la que se adjudica el lote 5 “Hidroxietilalmidon 6% y cloruro sódico 0,9%” del contrato de “Suministro de medicamentos - Fluidoterapia con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, Madrid”.

La recurrente alega que no es ajustada a derecho la adjudicación del lote 5 a favor de la empresa B.Braun Medical, S.A. (B.Braun) al no cumplir el producto ofertado por ella las especificaciones técnicas de obligado cumplimiento que prevé el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) en su Anexo I, por lo que solicita la anulación de la adjudicación y la suspensión del procedimiento.

**Tercero.-** Con fecha 19 de junio de 2018 este Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo acompañado del informe preceptivo establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP), que tuvo entrada en este Tribunal el 25 de junio de 2018.

El órgano de contratación en su informe manifiesta que, revisada la ficha técnica aportada por B. Braun, se ha confirmado que el medicamento contiene una solución de *ringer lactato* y no de suero fisiológico tal y como se solicita en las características técnicas, por lo que no es posible aceptar dicho fármaco, al haberse tramitado la adjudicación mediante criterio precio por estar perfectamente definidas las características del producto que se quiere adquirir, decayendo por tanto la adjudicación efectuada.

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación del lote 5 se encuentra

suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPER), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, habiéndose adoptado acuerdo de mantenimiento de la suspensión automática por este Tribunal el 27 de junio de 2018, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP.

**Quinto.-** El 26 de junio la Secretaria del Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del RPER, requiere al interesado en el procedimiento, por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno. El 3 de julio de 2018 el adjudicatario presenta alegaciones manifestando que el producto ofertado “Isohes” cumple con la finalidad para la que ha sido convocada la contratación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 recurso.

El expediente de contratación se rige por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP, sin perjuicio de que a la tramitación del recurso le sea de aplicación la LCSP por haberse dictado la adjudicación del contrato, acto objeto del recurso, con posterioridad al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición.

**Segundo.-** Se acredita en el expediente la legitimación activa de Fresenius para la interposición del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de la licitadora clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

**Tercero.-** La interposición del recurso se ha producido en tiempo y forma, el 19 de junio ante este Tribunal, previa comunicación de la interposición al órgano de contratación, y dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.a) de la LCSP, pues la resolución de adjudicación se notificó el 7 de junio de 2018 a los dos licitadores al lote 5, publicándose el 11 de junio en el perfil de contratante.

**Cuarto.-** El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

**Quinto.-** La recurrente alega que la composición cualitativa y cuantitativa del producto ofertado por la adjudicataria difiere de la exigida en los pliegos que rigen la contratación del suministro, lo que acredita reproduciendo el contenido de la ficha técnica del Isohes de B.Braun obtenida de la página web del CIMA.

El órgano de contratación, con la remisión del expediente e informe preceptivo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, acompaña un informe emitido el 21 de junio de 2018 por la Jefa de Servicio de Farmacia en el que constata, en contestación al recurso especial en materia de contratación presentado por Fresenius, que efectivamente el producto presentado por la empresa B.Braun no se corresponde con la descripción y características técnicas establecidas en el PPTP, por lo que da

la razón a la recurrente, concluyendo con la necesaria exclusión de B.Braun por el incumplimiento de las prescripciones técnicas.

El Anexo del PPTP fija para el lote 5 la siguiente descripción de producto: *“Solución de hidroxietil almidón 6% y cloruro sódico 0,9% en agua para inyección estéril y apirogena”* y determina como características técnicas *“Hidroxietilalmidón 6% en cloruro sódico 0,9% 500 ml envase plástico flexible”*, disponiendo a su vez el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en su cláusula 1 que *“Este contrato tiene por objeto la adquisición de medicamentos del grupo terapéutico fluidoterapia, con destino al servicio de Farmacia del Hospital U. Puerta de Hierro Majadahonda, cuyas características se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares”*

El órgano de contratación informa que acepta el contenido de las pretensiones formuladas por Fresenius contra la adjudicación del lote 5, suspendiendo la tramitación y allanándose a la exclusión del producto presentado por B.Braun por incumplimiento de los requerimientos técnicos.

La adjudicataria en sus alegaciones reconoce que su producto no cumple lo dispuesto en el PPTP pero invoca lo dispuesto en el artículo 117.4 del TRLCSP previsto para los supuestos en que el pliego defina las prescripciones aludiendo a normas o referencias técnicas acompañado de la mención “o equivalente”, según lo previsto en el apartado 3.a) del citado artículo, que no resulta aplicable al presente caso.

Como manifestara este Tribunal en su Resolución nº 45/2015 de 11 de marzo de 2015 *“El TRLCSP no admite como forma de terminación el allanamiento del demandado. El artículo 46 del TRLCSP establece que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará la inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el proceso judicial en materia contencioso administrativa, el reconocimiento de las pretensiones del recurrente por el órgano administrativo equivale a un allanamiento que pone fin al proceso salvo que ello suponga “infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 75 de la Ley 29/1998, de*

*13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa). Esta disposición relativa al proceso judicial contencioso administrativo no es de aplicación directa al recurso especial en materia de contratación que tiene naturaleza administrativa, no obstante a efectos de aplicación de los principios reguladores de la contratación pública debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo. Ello obliga a este Tribunal a conocer el fondo de la cuestión (...)*

Este Tribunal, comprobado que se ha producido un incumplimiento de lo dispuesto en los pliegos que regulan la contratación del suministro de referencia por parte del adjudicatario, y que por tanto se conculca lo dispuesto en los artículos 115 y 145 del TRLCSP, considera procedente estimar el recurso especial, debiendo el órgano de contratación anular la adjudicación del lote 5 a la empresa B.Braun por no cumplir la oferta presentada con las especificaciones previstas en el PPTP, retrotrayendo el procedimiento de adjudicación al momento de clasificación de las ofertas para, en su caso, realizar una nueva adjudicación ajustada a los pliegos que rigen la contratación del suministro.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 la empresa Fresenius Kabi España, S.A.U., contra la Resolución de 6 de junio de 2018 del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda por la que se adjudica el lote 5 “Hidroxietilalmidon 6% y cloruro sódico 0,9%” del contrato de “Suministro de medicamentos - Fluidoterapia con destino al Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, Madrid”, número de expediente

PA GCASU2018-1-FAR, dividido en 8 lotes, anulando la adjudicación del citado lote por no cumplir la oferta del adjudicatario con las especificaciones previstas en el PPTP, retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas para realizar una nueva adjudicación ajustada a los pliegos que rigen la contratación del suministro.

**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 58.2 de la LCSP.

**Tercero.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, mantenida por este Tribunal mediante acuerdo de 27 de junio de 2018.

**Cuarto.-** Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.