



Recurso nº 521/2015

Resolución nº 601/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 29 de junio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D^a M. F. T., actuando en nombre y representación de B. BRAUN MEDICAL, S.A., contra el acuerdo de adjudicación de fecha 11 de mayo de 2015 del lote 14 del *“Acuerdo Marco para la selección de suministradores de medicamentos, la fijación de precios y el establecimiento de las bases que regirán los contratos derivados de éste, para varias Comunidades Autónomas, Ministerio de Defensa e Interior y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Expediente: AM 14/64”*, convocado por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), publicado el 12 de mayo de 2015 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En el BOE de 14 de enero de 2015 se publicó anuncio de licitación de un Acuerdo Marco para la selección de suministradores de medicamentos, la fijación de precios y el establecimiento de las bases que regirán los contratos derivados de éste, para varias Comunidades Autónomas, Ministerio de Defensa e Interior y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, convocado por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), por un presupuesto base de licitación de 36.471.185,98 euros, como Acuerdo Marco y Procedimiento abierto. El objeto del contrato se dividió en lotes, y por lo que aquí interesa el lote 14: Paracetamol.

El precio unitario sin IVA, para el producto del lote 14, exigido por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), era de 0,00061 euros.



Se presentaron al concurso varios licitadores. Entre ellos, la sociedad FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., quien respecto del lote 14 incluyó en el sobre C, la siguiente oferta económica:

Precio unitario sin IVA: 0,00490 euros.

IVA: 0,000196 euros.

Precio unitario con IVA: 0,00509 euros.

En reunión de la Mesa de Contratación de 24 de febrero de 2015, para proceder a la apertura de los sobres C que contenía la oferta económica de los distintos licitadores. Por la Secretaría de la Mesa se da a conocer el escrito presentado por la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. con fecha 17 de febrero de 2015, en el que se rectifica el precio ofrecido, al haber padecido un error.

Los nuevos datos ya corregidos son:

Precio unitario sin IVA: 000490 euros.

IVA: 0,000019 euros.

Precio unitario con IVA: 0,000509 euros.

La Mesa de Contratación decide admitir la rectificación de la oferta económica hecha por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., en cuanto al lote 14. Frente a esa propuesta, el representante de la empresa B. BRAUN MEDICAL, S.A. en el acto de apertura de los sobres C, pone de manifiesto su desacuerdo, ya que no puede modificarse por los licitadores, el precio presentado originariamente en el sobre C. Manifestación de desacuerdo que se recoge en el acta de la sesión

Segundo. El órgano de contratación asume la anterior propuesta de la Mesa de Contratación y adopta con fecha 11 de mayo de 2015 acuerdo de adjudicación del lote 14, entre otros licitadores, a la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., publicándose en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 12 de mayo de 2015. El representante de la mercantil



B. BRAUN MEDICAL, S.A., ha interpuesto contra el citado acuerdo, el presente Recurso Especial en Materia de Contratación, mediante escrito con entrada en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), el 28 de mayo de 2015, previo el anuncio de interposición del mismo.

En el escrito de recurso, muestra su disconformidad con el acuerdo de adjudicación y formula las siguientes alegaciones:

-La oferta originaria hecha por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., contenía un precio unitario sin IVA de 0,00490 euros, superior al máximo fijado en los Pliegos de 0,00061 euros. La rectificación posterior hecha en su nuevo escrito de 17 de febrero de 2015, haciendo constar que el precio ofertado sin IVA era de 0,000490 euros, supone una modificación de su oferta económica, que no está admitida legalmente y contraviene el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que, la oferta económica originaria al superar el precio máximo unitario máximo, debía haberse excluido consiguientemente a la empresa concursante respecto del lote en cuestión.

-Muestra su conformidad con la admisión de la rectificación que hizo la empresa COMBINO PHARM, S.L., referente a la cantidad que figuraba en su oferta originaria también del lote 14, de precio unitario sin IVA, que no era correcta, pero sí en cambio eran correctos los otros dos elementos, el IVA que figuraba, y el precio con IVA, pues de la lectura de esos tres parámetros, se deducía el error del precio unitario sin IVA. Rectificación que admitió la Mesa en la misma sesión de 24 de febrero de 2015.

-La pretendida rectificación no es admisible según la doctrina que cita de resoluciones de este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales –resolución 27/2010, 330/2013 e informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/2014, de 17 de diciembre, entre otros-, por lo que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación referido a este lote 14 y a la empresa seleccionada.

Tercero. Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó al órgano de contratación para que emitiera informe al recurso, trámite que cumplimentó con el correspondiente informe de 1 de junio de 2015, en el que se sustenta la legalidad de la adjudicación. Hace las siguientes consideraciones:



-La adjudicataria impugnada presentó su escrito de 17 de febrero de 2015, con anterioridad a la apertura de las proposiciones económicas, en el que hace constar que padeció un error tipográfico en la oferta económica del lote 14, cuando hizo figurar el precio sin IVA, de 0,00490 euros, rectificando el error y debiendo figurar 0,000490 euros. Esto es, incluyó un 0 de menos en su proposición económica originaria. La rectificación hecha guarda el secreto de la oferta económica. El error es la omisión de un dígito numeral que es susceptible de subsanación.

-La admisión de la subsanación hecha por el licitador, posibilita una mayor concurrencia en los licitadores, de conformidad con el artículo 1 del TRLCASP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Cuarto. Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso administrativo interpuesto a los restantes licitadores a fin de formular las alegaciones que a su derecho convengan, trámite que ha cumplimentado FRESENIUS KABI ESPAÑA S.A.U. mediante escrito presentado en el Tribunal el 16 de junio de 2015, y en el que hace las siguientes consideraciones:

-La rectificación hecha mediante su escrito de 17 de febrero de 2015, supone corregir un mero error tipográfico. Se hizo antes de la apertura de los sobres C, que contienen la oferta económica, por lo que no se produjo ventaja para la sociedad recurrida, ni perjuicio para el resto de licitadores. La prohibición de subsanación que resulta de las resoluciones administrativas citadas en el recurso, se refieren siempre, a que tengan lugar después de la apertura de los sobres que contienen la oferta económica, por lo que se infringiría el principio de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores.

-La subsanación admitida por la Mesa de Contratación se ajusta al principio de proporcionalidad y entra dentro de las prerrogativas de la Administración (artículo 210 del TRLCASP).

-Una interpretación sistemática conduce a la inaplicación del artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, porque el precepto, junto con el apartado 2.10 del PCAP de idéntico contenido, están contemplando el momento temporal



posterior al conocimiento de las ofertas económicas. Situación temporal que no concurre en el caso de autos.

-Y la disconformidad con la admisión de las rectificaciones hechas por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U, y COMBINO PHARM, S.L., manifestada en la sesión de 24 de febrero de 2015, por el representante de la recurrente, y el mantenimiento del recurso únicamente respecto de la sociedad aquí recurrida, supone una vulneración del principio de los actos propios. Por todo ello, solicita la desestimación del recurso administrativo.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, con fecha 8 de junio de 2015, tal y como había sido solicitado por la sociedad recurrente, dictó resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del expediente de contratación en lo relativo al Lote 14, de conformidad con el artículo 45 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).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De acuerdo con el artículo 41.1 del TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, este Tribunal es competente para conocer del Recurso Especial en Materia de Contratación, interpuesto por la parte recurrente.

Segundo. La sociedad aquí recurrente ostenta legitimación como licitador al lote 14 del contrato, en el que había hecho la oferta correspondiente, y cuyos intereses se ven afectados por la adjudicación hecha a la otra sociedad concurrente (artículo 42 del TRLCSP).

Tercero. El acto que se recurre es el acuerdo de adjudicación de 11 de mayo de 2015 publicado el 12 de mayo de 2015 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, referido al lote 14, tal y como se recoge expresamente en el artículo 40.2 c) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días (artículo 44.2 del TRLCSP)



Quinto. La cuestión planteada a decidir, es si el acuerdo de adjudicación del lote 14, hecha por el órgano de contratación el 11 de mayo de 2015, al admitir la rectificación del error hecha por la sociedad FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U. mediante su escrito de 17 de febrero de 2015, anterior a la apertura de los sobres C que contenían la oferta económica, de la proposición económica originaria, es ajustada a Derecho o no. O lo que es lo mismo, si esa rectificación de un error de la oferta económica es admisible y lícita en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Para ello, obvio es que la oferta originaria del precio sin IVA, de 0,00490 euros, es superior al precio unitario máximo de licitación, de 0,00061 euros. Por el contrario, la rectificación hecha por esa sociedad, por la quedó fijado el precio sin IVA en 0,000490 euros, sí es inferior al máximo exigido en los Pliegos de 0,00061 euros. La diferencia entre una y otra obviamente es un cero. Es cierto que esa rectificación se hizo unilateralmente por la sociedad FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A, con anterioridad a la fecha de apertura de las ofertas económicas el 24 de febrero de 2015, y sin ser requerida por la Mesa de Contratación. Entiende el Tribunal que es plenamente aplicable el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone: “Rechazo de proposiciones. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.” Este precepto es aplicable a la hora de seleccionar al contratista adjudicatario y por tanto rige en todo el procedimiento administrativo, sin que sea relevante el momento en que se produce la rectificación de la oferta económica contenida en el sobre C. Este precepto, permite entender que, la oferta originaria, cuyo plazo de presentación finalizaba el 31 de enero de 2015, ofrecía un precio unitario del producto sin IVA, de 0,00490 euros, superior al precio máximo unitario exigido en los Pliegos de 0,00061 euros. Con arreglo a esta propuesta, es obvio que la misma debió ser rechazada por la misma Mesa de Contratación, en resolución motivada. Y la rectificación del error padecido hecha en su escrito de 17 de febrero de 2015, de haber incluido un cero de más, y sostener que el precio



realmente ofrecido era de 0,000490 euros, supone una modificación sustancial de la oferta económica. No estamos ante un mero error de hecho, fácilmente subsanable con la lectura íntegra de la oferta económica contenida en el sobre C, sin ningún otro medio o ayuda adicional. De la lectura de los tres parámetros que contenía esa oferta económica:

Precio unitario sin IVA: 0,00490 euros.

IVA: 0,000196 euros.

Precio unitario con IVA: 0,00509 euros.

No se deduce el error padecido. Los tres parámetros son congruentes y consecuentes. Es preciso atender a la rectificación que se hace en escrito de 17 de febrero de 2015, en el que esos mismos parámetros son:

Precio unitario sin IVA: 0,00490 euros.

IVA: 0,000019 euros.

Precio unitario con IVA: 0,000509 euros.

Y comprobar que esa rectificación supone una modificación o alteración de la oferta originaria, cuando ya había transcurrido el plazo de presentación de la documentación por los licitadores interesados en participar en el procedimiento administrativo, que había finalizado el 31 de enero de 2015. Pues frente al precio unitario sin IVA de 0,00490 euros, ahora es de 0,000490 euros. La primera oferta supone la exclusión de la sociedad licitadora. Y aceptar la rectificación, supone admitir la oferta de la sociedad licitadora, con el perjuicio evidente para las otras sociedades admitidas en la selección de los contratistas en el procedimiento concursal del Acuerdo Marco, pues es evidente, que no es lo mismo competir un menor número de empresas, que competir entre un mayor número de empresas, en los futuros contratos derivados del presente Acuerdo Marco, a resolver en el futuro. Por lo que hay que dar la razón a la sociedad recurrente.

Sexto. De las alegaciones hechas por FRESENIUS y particularmente de la vulneración por la sociedad recurrente del principio de los actos propios, conviene señalar que, es cierto que



el representante de la recurrente mostró su disconformidad en la sesión de 24 de febrero de 2015 con la admisión por la Mesa de Contratación de las rectificaciones hechas por las dos sociedades licitadoras, y que posteriormente solo se ha mantenido el recurso frente a la admisión de la rectificación de FRESENIUS. Esa manifestación se hace en la sesión de apertura de los sobres C, de forma verbal, por el representante de la recurrente, que puede no ser experto jurídico. Y es con posterioridad, a la vista del expediente administrativo en su conjunto, el Abogado de la recurrente, entienda que la admisión de la rectificación de la otra sociedad, COMBINO PHARM, S.L. sea ajustada a Derecho, en cuanto deriva de los propios elementos de la oferta originaria, sin necesidad de ningún otro complemento adicional, como si de un error material se tratara. Circunstancia que no concurre en el caso de la rectificación pretendida por la sociedad aquí recurrida. El cambio de postura es lógico y razonable y no pugna con el principio pretendidamente infringido.

Séptimo. El criterio aquí sustentado, está en concordancia con la doctrina que sobre este particular ha mantenido este Tribunal. Así, entre otras, en la resolución de 10 de julio de 2013 –recurso 330/2013:

“...Como viene señalando este Tribunal en la resolución de recursos sobre la misma cuestión, esto es lógico, pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas; y tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 del TSLCSP.”

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, debe anularse la adjudicación efectuada, y consiguientemente la procedencia de prosperar el recurso administrativo interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**



Primero. Estimar el recurso interpuesto por D^a M. F. T., actuando en nombre y representación de B. BRAUN MEDICAL, S.A., contra el acuerdo de adjudicación de fecha 11 de mayo de 2015 del lote 14 del *“Acuerdo Marco para la selección de suministradores de medicamentos, la fijación de precios y el establecimiento de las bases que regirán los contratos derivados de éste, para varias Comunidades Autónomas, Ministerio de Defensa e Interior y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Expediente: AM 14/64”*, convocado por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), a favor de FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U., anulando el mismo por su disconformidad con el Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento relativo al Lote 14 producida de conformidad con el artículo 47.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011.

Tercero. Declarar que no se aprecia 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.