



Recurso nº 38/2016

Resolución nº 599/2019

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

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. C. B., en representación de la mercantil FARMABAN, S.A., contra la “*exclusión*” de su oferta y la adjudicación consiguiente del “*Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (ventas), para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración del Estado*” Expediente AM 2015/171, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por la Dirección del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (en adelante, INGESA o el órgano de contratación) se convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de septiembre de 2015, en el DOUE el 15 de septiembre de 2015 y en el BOE el 16 de septiembre de 2015, licitación para contratar por procedimiento un “Acuerdo marco para el suministro de productos sanitarios (ventas), para varias comunidades autónomas y organismos de la Administración del Estado”, dividido en 10 lotes. El presupuesto base de licitación asciende a 1.908.418,91 €, IVA excluido.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los preceptos del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como los del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector



Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Tras los trámites oportunos, mediante Resolución de 14 de diciembre de 2015 del Director del INGESA se acuerda la adjudicación del Acuerdo Marco a las mercantiles que en ella se relacionan con indicación de los lotes adjudicados, así como la exclusión de FARMABAN, S.A., en los Lotes 5, 6 y 9, por los motivos que en ella se especifican.

Cuarto. Contra la citada Resolución interpuso recurso FARMABAN, S.A., inadmitido por resolución del Tribunal de 5 de febrero de 2016.

Interpuesto por FARMABAN S.A. recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, se estimó por sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2018, cuyo fallo acuerda la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución recurrida, para su resolución.

Quinto. El órgano de contratación remitió a este Tribunal el expediente, así como el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Sexto. El 25 de enero de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, evacuando dicho trámite la empresa BARNA IMPORT MEDICA, S.A. en fecha 28 de enero de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión de la licitación de un acuerdo marco de suministro sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial, conforme al artículo 40 del TRLCSP, aplicable al procedimiento



de adjudicación al haberse publicado el anuncio de licitación con anterioridad a la entrada en vigor el pasado 9 de marzo de 2018 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (Disposición transitoria primera.1 de esta Ley). La competencia para resolver corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 41 de dicha norma.

Segundo. La empresa FARMABAN, S.A. concurrió a la licitación y fue excluida de la misma por lo que tiene legitimación para recurrir el acuerdo de exclusión, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. La recurrente impugna, en primer término, la exclusión de su oferta de los lotes 5 y 6, “Venda Elástica Adhesiva”.

En el caso de los lotes 5 y 6, la empresa, de acuerdo con la resolución recurrida, queda excluida por no cumplir los siguientes requisitos:

“Lote 5 (of base y VI) y lote 6 (of base y V1) — composición de la trama algodón 85%, viscosa 15% (+/-5%), así como el requisito del gramaje adhesivo 100 gr/m2, (+/- 15%)”

A propósito del primer motivo de exclusión, en su escrito de interposición del recurso especial la recurrente argumenta que los productos presentados por FARMABAN S.A., tanto en las ofertas base como en las Variantes 1 y 2 de los lotes 5 y 6, la composición de la trama es de algodón 100%.

Pese a ello, indica que ni la Farmacopea Europea ni la Española tienen las monografías relativas a vendas, y al ser España un estado firmante de la Convención para la Farmacopea Europea al igual que el Reino Unido de la Gran Bretaña se puede utilizar la British Pharmacopeia, que sí contiene las monografías relativas a las vendas, que exige que en el caso de las gasas, la

materia prima empleada sea algodón 100%, y en el caso de las vendas, permite con las condiciones y garantías debidas la mezcla de algodón con viscosa.

De ello deduce que, al permitir estas mezclas, lo que nos indica la Farmacopea es que idealmente las vendas deberían ser 100% algodón, que corresponde a la calidad más alta, pero tolera las mezclas; por ello, interpreta el PPT en el sentido de que la cantidad de 15% de viscosa en la trama debe de entenderse como la máxima permitida en la mezcla y que no debe ser superada, siendo pues este el límite superior, pero el producto deseable sería el de 100% algodón.

Por todo ello, considera que precisamente lo que está haciendo FARMABAN es cumplir esas especificaciones y ofertar un producto de mejor calidad en esos lotes que lo que se ha solicitado.

El órgano de contratación informa que la composición de cada uno de los lotes varía, y en la composición de los distintos lotes encontramos tejidos de algodón 100%, tejidos de algodón/fibra y alguno cuya composición es 100% sintética. La composición más adecuada no responde a una clase concreta de tejido como pretende afirmar el recurrente, sino a las distintas cualidades que ofrece cada uno de ellos en función de que la venda sea utilizada para una indicación u otra.

Concretamente, el lote 5 y 6 del Acuerdo Marco citado, en su composición contempla que el soporte urdimbre sea 100% algodón y la trama tenga una composición de un 85% de algodón y un 15% (± 5) de viscosa, composición que se establece, precisamente, para obtener una mayor elasticidad.

Así las cosas, no es admisible una interpretación del PPT como la propuesta por la recurrente, por la que se argumenta que el PPT exige un producto 100% algodón y, eventualmente, admite un porcentaje de viscosa. Los términos del PPT son



claros y no suscitan en su tenor literal duda interpretativa alguna: exige composición de la trama de algodón 85%, viscosa 15% (+/-5%), es decir, un mínimo de viscosa, y no un máximo como entiende la recurrente.

Por otro lado, el requisito establecido en el PPT responde a las necesidades técnicas valoradas por el órgano de contratación, cuyo criterio técnico es el que debe determinar las características del objeto del suministro: y según indica este en su informe, su establecimiento obedece al obtener una mayor elasticidad.

No siendo admisible la interpretación alternativa del PPT que postula la recurrente, y no cumpliendo el producto de la recurrente los requisitos de composición que establece el PPT, resulta procedente la exclusión de su oferta conforme al criterio reiterado establecido por este Tribunal en, entre otras, la Resolución 490/2014, de 27 de junio, en la que se afirma que *“De esta forma, y por lo que atañe a los pliegos de prescripciones técnicas, ha de tenerse presente que el artículo 116 TRLCSP establece que ‘el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley’. En consonancia con dicho precepto, tal y como este Tribunal ha señalado en otras resoluciones (verbigracia, las ya citadas 264/2014 y 90/2012 , así como la 84/2011), la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que ‘también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato”*.



Cuarto. A propósito de la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplir la composición del producto exigida en el PPT, alega la recurrente que no se ha excluido a Barna Import Medica, S.A., adjudicataria de este lote, cuando la composición del producto es igual.

En rigor, una vez determinada la procedencia de la exclusión de la oferta de la recurrente para los lotes 5 y 6, la recurrente carece de legitimación para impugnar la adjudicación efectuada a BARNA IMPORT S.L., impugnación que en ningún caso determinaría que el Acuerdo Marco quede desierto, pues en los citados lotes, además de BARNA IMPORT MÉDICA S.L., aparecen como adjudicatarios PRODUCTOS FAVESAN S.L. y CALVO IZQUIERDO S.L. Ningún beneficio directo o indirecto obtendría la recurrente con la exclusión de BARNA IMPORT MÉDICA S.L., por lo que carece de interés legítimo para impugnar la adjudicación.

Tampoco puede ser estimado el motivo como manifestación de arbitrariedad en la exclusión de la recurrente, ya que en todo caso, y como razona el órgano de contratación, según se pone de manifiesto en las fichas técnicas, publicadas en la página Web de la empresa BARNA IMPORT MEDICA S.A., la composición del soporte urdimbre de los productos referenciados es 100% algodón, lo que en una interpretación erróneamente interesada, hace afirmar al recurrente que el producto sea enteramente de algodón tanto en el soporte como en la trama. Sin embargo, de acuerdo con la documentación aportada en la oferta técnica de BARNA IMPORT, y obrante en el expediente, la trama tiene una composición mixta de algodón y viscosa, en los porcentajes exigidos en los Pliegos.

Quinto. Adicionalmente, la oferta de la recurrente para los lotes 5 y 6 ha sido excluida por incumplimiento del requisito establecido en el PPT de alcanzar un "Gramaje adhesivo 100gr./m2, (+/-) 15."



Argumenta la recurrente que al establecer este requisito no se especifica si el gramaje del adhesivo es con la venda en tensión o en reposo, ni el método para realizar esta medición y, por los motivos que expone, concluye que es imprescindible, para una correcta valoración, que las especificaciones incluyeran este dato (reposo/tensión), que no ha sido el caso. Sostiene así mismo que según la British Pharmacopeia el mínimo que sería exigible es de 120 gr/m2 en tensión.

Por ello, concluye no pueden ser valoradas ninguna de las empresas que han presentado ofertas en los lotes 5 y 6 (Vendas Elásticas Adhesivas) teniendo en cuenta el requisito del gramaje adhesivo, por lo que la exclusión de FARMABAN S.A. no procede.

El órgano de contratación informa que pretender recurrir este indicador argumentando que lo especificado en los pliegos es menor a lo recomendado en la Farmacopea Británica cuando la oferta del recurrente es excluida por ser menor a lo requerido en los pliegos es, en el mejor de los casos absurdo y contradictorio, y no deja de ser una recomendación que no sigue ni el propio recurrente puesto que su gramaje adhesivo, en el que no especifica si es en tensión o en reposo, es inferior a lo establecido en el pliego y por tanto a la recomendación de la Farmacopea Británica.

Así las cosas, en este caso nos encontramos ante un incumplimiento del PPT, que determina la exclusión, acompañado de una suerte de impugnación indirecta del pliego por no especificar si el requisito de la venda se exige en reposo o en tensión, y por establecer un gramaje inferior al que considera la recurrente resultaría procedente.

A este respecto cabe recordar que este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina sobre la posibilidad de invocar cuestiones relativas a los pliegos con



ocasión del recurso formulado contra el acuerdo de adjudicación, doctrina que se basa en el principio general de prohibición de ir contra los actos propios, pero también en la literalidad del artículo 145 del TRLCSP, con arreglo al cual: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”*

La aplicación de dicho precepto implica que, una vez presentada la oferta sin impugnar los pliegos que rigen la contratación, el licitador ha de estar y pasar por lo allí establecido sin que pueda ya cuestionarse la legalidad de los pliegos, salvo que se trate de un supuesto de nulidad radical. Así se señala en la Resolución 408/2015 de este Tribunal:

“Efectivamente, el Tribunal viene aplicando la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: “Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.’” (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de



noviembre, o 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas).

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre)”.

Por lo tanto, solo en la medida en que el vicio invocado constituya un supuesto de los que determina la nulidad radical del pliego, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del TRLCSP, cabrá proceder a su revisión en esta fase procedimental, vicio de nulidad radical que ni tan siquiera se alega por la recurrente, por lo que procede la desestimación de este motivo de impugnación.

Sexto. En el caso del Lote 9, se excluye la oferta de la recurrente por incumplir el requisito de “elasticidad de un 130% (+/-10%)” establecido en el PPT.



Tras exponer su criterio sobre las diferencias entre extensibilidad y elasticidad, concluye que ninguna de las vendas de crepe presentada por las diferentes empresas concurrentes pueden tener elasticidades superiores al 100%, por lo que no podrían ser valoradas y debería ser declarado este lote desierto por imposibilidad técnica de cumplir esta característica. De modo contradictorio con lo anterior, insiste en la idoneidad de las vendas presentadas por FARMABAN tanto en la oferta base como en la oferta variante, máxime, dice, cuando las Administraciones Contratantes de este concurso han utilizado y están utilizando vendas con unas extensibilidades 120% +/- 20%, que son las especificaciones que tienen los productos presentados por FARMABAN en este concurso.

Nuevamente nos encontramos ante el reconocimiento paladino de un incumplimiento del PPT, que determina la exclusión, acompañado de una suerte de impugnación indirecta del pliego sin invocar motivo de nulidad, por lo que procede la desestimación por los fundamentos expresados en el fundamento quinto de esta resolución, máxime cuando, como razona el órgano de contratación, la alegación de la recurrente es contraria a sus propios actos, pues la presentación de la ficha técnica de sus productos equipara, de modo contrario a lo expuesto en el recurso, la extensibilidad a la elasticidad con cifras inferiores a lo requerido en los pliegos como lo demuestra la propia ficha técnica de su producto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por D. A. C. B. , en representación de la mercantil FARMABAN, S.A., contra la exclusión de su oferta y la adjudicación consiguiente del *“Acuerdo marco para el suministro de productos*



sanitarios (ventas), para varias Comunidades Autónomas y organismos de la Administración del Estado” Expediente AM 2015/171.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.