



Recurso nº 2972017 C.A. Principado de Asturias 17/2017

Resolución nº 433/2017

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

En Madrid a 12 de mayo de 2017.

VISTO el recurso presentado por D.^a J.M.B., en representación de la compañía mercantil COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS S.A., contra el acuerdo de adjudicación de 9 de marzo de 2017 del procedimiento para la *“Celebración de un Acuerdo Marco con adjudicatario único para el suministro de apósitos activos y material de cura en ambiente húmedo con destino a las áreas sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias”* (Expediente: SC/28-16), lote número 28, convocado por dicho Servicio de Salud, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Diario Oficial de la Unión Europea publicó el 30 de agosto de 2016 el anuncio de la licitación del procedimiento para la contratación del acuerdo marco con un solo operador del suministro de apósitos activos y productos para cura de heridas en ambiente húmedo con destino a los Centros Sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

El Boletín Oficial del Estado de 8 de septiembre de 2016 publicó el anuncio de licitación del procedimiento para la celebración del acuerdo marco.

El procedimiento se ha publicado en el Perfil del Contratante del Gobierno del Principado de Asturias. El valor estimado del contrato es de 11.234.322,55 euros, dividido en 33 lotes, del que constituye objeto de impugnación el lote número 28.



Segundo. El procedimiento para la celebración del acuerdo marco del suministro queda sujeto al régimen previsto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo que no se oponga al citado TRLCSP. La Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud, y demás disposiciones de la legislación vigente en materia de contratación administrativa, y las demás disposiciones aplicables de derecho administrativo y supletoriamente de derecho común.

Tercero. El Pliego de Prescripciones Técnicas en el número 4 describe las "Características Técnicas Requeridas" para el lote nº 28, de la siguiente manera:

LOTE Nº 28 Apósito en malla antiadherente con plata 10 x10 cm. APROXIMADAMENTE

Descripción: APÓSITO EN MALLA ANTIADHERENTE CON PLATA 10x10 cm APROXIMADAMENTE.

Composición: Malla interfase impregnada en hidrocoloide, plata y otros componentes.

Medidas: 10x10 cm aproximadamente.

Características técnicas: Profilaxis y tratamiento de la infección de las heridas o control microbiano de heridas infectadas o con riesgo de infección.

Cuarto. La mesa de contratación celebrada el 23 de enero de 2017 analizó el informe de la Comisión Técnica sobre la documentación técnica incluida en el sobre nº 2, acordando la admisión de la oferta de la empresa LABORATORIOS HARTMANN S.A. en el lote nº 28, entendiendo que cumplía los requisitos establecidos en el pliego. Posteriormente, tras la valoración de las ofertas de los únicos licitadores admitidos en este lote que fueron la



empresa recurrente y la empresa adjudicataria, mediante Resolución dictada el 7 de marzo de 2017 dictada por la Dirección económico financiera y de infraestructuras del servicio de salud del Principado de Asturias de Salud, publicada en el perfil de contratación el 9 de marzo de 2017 y notificada a la empresa recurrente el 17 de marzo, se acuerda la adjudicación del lote número 28 a la empresa Laboratorios Hartmann S.A.

Quinto. Con fecha 24 de marzo de 2017, la empresa COLOPLAST Productos médicos S.A., anunció la presentación de recurso especial en materia de contratación que fue efectivamente presentado en fecha 31 de marzo ante este Tribunal

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado para alegaciones a los interesados y la empresa adjudicataria presentó el 12 de abril de 2017 alegaciones al recurso, entre las que pone de manifiesto que el apósito ofertado cumple con los requisitos del pliego de prescripciones técnicas. En consecuencia, solicita la confirmación de la resolución recurrida.

Séptimo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de éste por acuerdo de 21 de febrero de 2014, acordó el día 11 de abril de 2017 mantener la suspensión del expediente de contratación, en lo relativo al lote número 28, producida como consecuencia del artículo 47.4 del TRLCSP, de forma que, de acuerdo con el artículo 47.4 del TRLCSP sea la resolución del recurso cuando se alce la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP, en el marco del Convenio de colaboración suscrito entre el Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 3 de octubre de 2013 y publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013.

Segundo. El recurso se interpone por una licitadora que ha participado en el procedimiento de contratación, cumpliendo así el requisito de legitimación exigido en el artículo 42 del TRLCSP.



Tercero. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación en un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, y, consecuentemente procede el recurso especial en materia de contratación de acuerdo con los artículos 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto. El acuerdo del órgano de contratación fue notificado el día 17 de marzo de 2017; por su parte el anuncio de presentación de recurso fue formulado el día 24 y el recurso interpuesto el día 31 de marzo. Se cumple así el requisito temporal impuesto por el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Quinto. El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 117 del TRLCSP, considerando que el apósito ofertado por la empresa adjudicataria no se ajusta a las exigencias técnicas descritas en el PPT. En efecto, como se ha expuesto en los antecedentes, el objeto del lote 28 se describe de la siguiente manera en el PPT:

“Apósito en malla antiadherente con plata 10 x10 cm. APROXIMADAMENTE. En cuanto a su composición, el pliego exige que se trata de una “Malla interfase impregnada en hidrocoloide, plata y otros componentes

Medidas: 10 X 10 cm aproximadamente

Características técnicas: Profilaxis y tratamiento de la infección de las heridas o control microbiano de heridas infectadas o con riesgo de infección”.

La cuestión controvertida se centra en el requerimiento de la composición del apósito. Según la empresa recurrente el pliego exige que la malla que constituye el apósito esté impregnada no solo en plata y otros componentes, sino específicamente por hidrocoloide. Entiende que la composición del apósito ofertada por la empresa adjudicataria no responde a estas características puesto que no está impregnada en hidrocoloide sino por pomada hidrófila, compuesta fundamentalmente por triglicéridos. Esta composición es admitida por la empresa adjudicataria que en sus alegaciones afirma que “el efecto antiadherente se relaciona con la composición del producto ofertado por lo que el elemento principal es plata metálica, exigida como componente primordial en la identificación del Lote 28 según ha quedado mostrado. Este constituyente se impregna de



una suave pomada que coadyuva al efecto antiadherente del apósito y que contiene ácidos di y triglicéridos hipoalergénicos de origen natural que garantizan, en su conjunto, el cuidado de la zona perilesional de la herida, facilitando la retirada sin dolor y sin dejar residuos”. Según el informe del órgano de contratación “la pomada contiene (INCI): Caprylic / Caoruc / Stearic Triglyceride, Bis-diglyceryl-polyacyladipate-2, Macrogol 2000”. El órgano de contratación se opone a la estimación del recurso considerando que la documentación técnica y las muestras presentadas por Hartmann SA, cumplen con todos los requisitos requeridos en el Pliego de Prescripciones técnicas:

“Una malla interfase que crea las condiciones favorables para el proceso de cicatrización (cicatrización en medio húmedo);

- Plata, único componente indispensable definido en el título del lote y que es fundamental, ya que es el componente que actúa contra la carga bacteriana causante de la infección.

- Otros componentes: Caprylic / Caoruc / Stearic Triglyceride, Bis-diglyceryl-polyacyladipate-2, Macrogol 2000

El apósito Atrauman Ag se considera válido y adecuado puesto que obedece a las características reflejadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, y por tanto cumple con los estándares que debe reunir dicho producto, así como con las prestaciones vinculadas al mismo, como se ha podido comprobar en la pruebas realizadas con las muestras presentadas por la empresa”.

Sexto. En la Resolución nº 259/2017, de 10 de marzo, dictada en este mismo procedimiento para un lote distinto, este Tribunal sintetizó el criterio que debe considerarse para resolver este recurso, indicando, con referencia a resoluciones anteriores que: “Este 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, dado que son la ley del contrato y obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. Así, de acuerdo con el 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). En la Resolución 4/2011 se señaló que: “A este respecto debe ponerse de manifiesto que si bien el artículo 129 se refiere tan solo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares no debe circunscribirse al contenido de éstos la exigencia de que se ajusten a ellos las proposiciones. Por el contrario, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. A este respecto debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 100.1 de la Ley de Contratos del Sector Público que dispone: ‘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’.” Este criterio, se ha mantenido en resoluciones posteriores, reconociéndose que la obligación de adecuación de las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia de este incumplimiento la exclusión de la oferta presentada al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación. En particular, la Resolución 169/2014, invocada en el trámite de alegaciones, señalaba que: “En realidad, en el caso de que el licitador presente una oferta que incumple las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas, está realizado una contraoferta, la cual no podrá ser aceptada por el órgano de contratación, pues ello daría lugar a que los demás licitadores se encontraran en situación de desigualdad con el licitador que presenta la contraoferta. De esta forma, es el principio de igualdad de trato a los licitadores el que impide que el órgano de contratación pueda entrar a valorar una oferta que no respeta las especificaciones establecidas en el pliego de prescripciones



técnicas. Sólo en los supuestos de mejoras previstas en el pliego o en el caso de que se admitan variantes, podrá el órgano de contratación entrar a valorar ofertas que no se adecúen exactamente al contenido del pliego de prescripciones técnicas. En estos casos, es el propio pliego el que habilita al órgano de contratación a evaluar esos elementos, cuyos límites son perfectamente conocidos por todos los licitadores, de forma que no se altera la situación de igualdad entre ellos. Pero incluso en estos casos, las ofertas presentadas por los licitadores deberán respetar el contenido mínimo establecido en el pliego de prescripciones técnicas. Fuera de los casos mencionados, el órgano de contratación no podrá entrar a valorar la oferta presentada, por lo que procede la exclusión de la misma.

(...)

No obstante lo anterior, debe recordarse el consolidado criterio relativo a que la exclusión de una oferta por incumplimiento del PPT ha de ser expresa y clara. Así se dijo en nuestra Resolución 985/2013, de 23 de octubre, en que se señalaba: “El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. En efecto, del artículo 145.1 del TRLCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es



incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado.”

Séptimo. A juicio del Tribunal la decisión del órgano de contratación de admitir a la empresa Hartamann en el lote 28 no se ajusta a lo previsto en el PPT. Es cierto que en el pliego se define como característica esencial del apósito que esté constituido por una malla impregnada en plata y esta composición se encuentra en la oferta de la empresa adjudicataria. Es cierto también que el órgano de contratación considera que el apósito ofertado cumple los requisitos técnicos y la finalidad curativa que se demanda. Ahora bien, el PPT también exige que la malla esté impregnada en hidrocoloide, que es una sustancia distinta a la pomada compuesta por triglicéridos ofrecida por la empresa adjudicataria. Este Tribunal no niega, entre otras cosas porque no puede hacerlo en virtud del respeto al criterio de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, si esta composición tiene la misma, mayor, o menor eficacia curativa que la pomada compuesta por hidrocoloide, pero lo que resulta evidente es que se tratan de dos sustancias distintas. Distinto hubiera sido el caso de que la empresa adjudicataria hubiera añadido además otros componentes distintos como prevé el pliego, pero su formulación respecto de la composición de la impregnación de la malla con hidrocoloide es, en una interpretación literal del pliego, igualmente taxativa e imperativa que la impregnación con plata. La empresa adjudicataria podría haber solicitado aclaración en su momento del pliego o incluso podría haberlo impugnado si consideraba que esta composición restringía la competencia o era técnicamente injustificable, pero no se hizo así.

El órgano de contratación al diseñar el contrato ha exigido esta composición en los términos expuestos. Por ello el respeto al PPT de acuerdo con la doctrina citada, exige la



estimación del recurso por el mismo respeto a los principios invocados tanto por la empresa recurrente como la adjudicataria, es decir los artículos 1 y 139 TRLCSP de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Es cierto que la exigencia de una determinada composición de la malla puede restringir la competencia entre licitadores, pero este argumento no ha sido acreditado ni por el órgano de contratación ni por la empresa adjudicataria, que, además, en su página web, (<https://www.hartmann.info/es-ES/Conocimiento-Medico/personal-healthcare/local/es/Apositos-que-activan-la-curacion>), anuncia como parte de sus productos los compuestos por tecnología hidrocoloide.

No puede oponerse a esta conclusión, como alega la empresa adjudicataria, el margen de discrecionalidad con el que cuentan los servicios técnicos tanto para valorar las ofertas, como, en este caso, para verificar que las ofertas cumplen con los requisitos técnicos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas. Este margen de apreciación tiene como límite que la decisión adoptada no sea arbitraria, discriminatoria, no esté motivada o, como sucede en este caso, no constituya una interpretación desviada del pliego de prescripciones. El primer criterio de interpretación de las normas, según el artículo 3 del Código Civil, es el criterio literal, y el PPT es claro al respecto en exigir expresamente, tanto que la malla esté impregnada en plata como en hidrocoloide (que es un compuesto de carboximetil celulosa sódica, al que se añaden otras sustancias hidroactivas de condición absorbente). Siendo este el principio activo exigido por el pliego, y no la impregnación de la malla con una pomada hidrófila compuesta fundamentalmente por triglicéridos, la admisión de un principio activo distinto es contrario al pliego de manera clara y expresa, conforme exige la doctrina anteriormente expuesta, y este Tribunal puede llegar a esta conclusión sin necesidad de violentar la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y la exclusión de la licitación de la empresa adjudicataria.

Octavo. Por lo que se refiere a las consecuencias que debe tener la estimación del recurso, deber recordarse la doctrina de este Tribunal que afirma que no se encuentra entre sus funciones la de sustituir al órgano de contratación, por lo que no puede proceder a adjudicar el contrato a la empresa recurrente, más allá de la anulación de la

resolución de adjudicación impugnada, excluyendo a la empresa adjudicataria del procedimiento y la retroacción del procedimiento al momento en que se cometió la infracción. En este caso, dado que la empresa recurrente y la adjudicataria han sido los únicos licitadores admitidos al lote número 28 y que se ha efectuado todo el proceso de valoración de las ofertas en sus aspectos técnicos y económicos, la ejecución de la decisión del Tribunal debe llevar a la sustitución en la posición de empresa adjudicataria a la empresa recurrente, en cuanto ha sido admitida a la licitación y valorada en segundo lugar con 77,43 puntos. En consecuencia deberá modificarse la resolución de adjudicación, atribuyendo el contrato a la empresa COLOPLAST PRODUCTOS MEDICOS S.A. y seguirse a partir de esta modificación los trámites preceptivos exigidos en el TRLCSP para la formalización del contrato, si la empresa recurrente cumple con las exigencias del referido texto legal.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso presentado por el recurso presentado por D.^a J.M.B., en representación de la compañía mercantil COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS S.A., contra el acuerdo de adjudicación de 9 de marzo de 2017 del procedimiento para la “Celebración de un Acuerdo Marco con adjudicatario único para el suministro de apósitos activos y material de cura en ambiente húmedo con destino a las áreas sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias” (Expediente: SC/28-16), lote número 28, anulando dicha resolución, excluyendo a la empresa adjudicataria, de modo que se proceda a una nueva adjudicación en favor de la empresa recurrente, conforme se expone en el fundamento jurídico octavo de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.