

**RECURSO 104/2024
RESOLUCIÓN 135/2024**

Resolución 135/2024, de 10 octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación nº 104/2024, interpuesto por Baxter, S.L., contra la adjudicación del lote 61 del Acuerdo Marco con varios adjudicatarios para el suministro de soluciones para terapia intravenosa e irrigación, con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, expte. 047/2024; SAT 2020013944.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Mediante Resolución de 2 de febrero de 2024, del Director Económico, Presupuestario y Financiero de la Gerencia Regional de Salud, se aprobó el expediente de contratación y los pliegos del Acuerdo Marco con varios adjudicatarios para el suministro de soluciones para terapia intravenosa e irrigación, con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (expte. 047/2024; SAT 2020013944) mediante procedimiento abierto.

El 5 de febrero de 2024 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el anuncio de licitación y los pliegos.

El valor estimado del contrato es de 33.427.768,00 euros, y se divide en 65 lotes.

La fecha límite para la presentación de ofertas finalizaba el 5 de marzo de 2024.

Segundo.- Tras la oportuna tramitación, el 23 de julio de 2024, mediante resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, se adjudica el lote 61 a las empresas Fresenius Kabi España, S.A. y Baxter, S.A.

Tercero.- El 14 de agosto de 2024 tiene entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación, interpuesto por Dña. yyy en

representación de mercantil Baxter, S.L. (en adelante "Baxter" o "la recurrente") contra la referida adjudicación.

El recurso se fundamenta en que la oferta de Fresenius vulnera el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas al incumplir el contenido mínimo exigido en este último. Solicita la nulidad de la adjudicación por vulneración del artículo 139 de la LCSP, en concordancia con el artículo 68 del RGLCAP.

Cuarto.- El 16 de agosto siguiente se incorpora el recurso al registro de expedientes con el número 104/2024 y se requiere al órgano de contratación para que remita al Tribunal el expediente, el correspondiente informe y relación de licitadores, así como para que indique si el contrato está financiado con Fondos Next Generation UE o si directa o indirectamente se encuentra afectado por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Quinto.- El 23 de agosto de 2024 se remite el expediente, la relación de licitadores, así como el informe correspondiente, en el que el órgano de contratación se opone a las alegaciones de la recurrente.

Sexto.- El 3 de septiembre de 2024, en respuesta al traslado del recurso efectuado a los licitadores, la adjudicataria presenta alegaciones en las que se opone a la estimación del recurso y defiende la legalidad de la adjudicación a su favor.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El procedimiento del recurso especial se ha tramitado conforme a lo previsto en el capítulo V, título I, libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto contra la resolución del Presidente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, por la que se adjudica el Lote 61 del Acuerdo marco referenciado.

El valor estimado del contrato es de 33.427.768 euros, siendo por tanto superior a 100.000 euros, por lo que cumple con las exigencias del Artículo 44 de la LCSP, apartados 1.b) y 2.c).

El recurso especial se ha presentado dentro del plazo legalmente previsto con arreglo al Artículo 50.1.d) de la LCSP.

3º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa recurrente para interponer el recurso especial frente a la adjudicación, así como su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

4º.- La solución de la presente controversia exige determinar si la actuación de la Gerencia Regional de Salud al adjudicar el lote 61 del contrato a Fresenius Kabi España, S.A., fue ajustada a Derecho o si, por el contrario, la oferta de esta mercantil era contraria a los pliegos y, por tanto, debió ser excluida.

La recurrente parte de la consideración de que los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan tanto a los licitadores que concurren a la licitación como a los órganos de contratación. Se remite al punto quinto del Cuadro de Características del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que establece la definición del objeto del contrato como "suministro de soluciones para terapia intravenosa e irrigación con destino a los centros sanitarios dependientes de la gerencia regional de salud de Castilla y León".

A continuación, la recurrente transcribe las características mínimas que el PPT prevé que deben cumplirse para el Lote 61 "Cristaloide balanceado hipotónico" y que en concreto son:

- Cloruro sódico 5,26 g/l
- Cloruro potásico 0,37 g/l
- Cloruro magnésico hexahidratado 0,3 g/l

Tras exponer las exigencias del PPT, señala que, tal y como se recoge en la página 14 de la resolución de adjudicación, la referencia del producto que ha sido ofertado por Fresenius, es el Código Nacional 605565. A pesar de

que la resolución de adjudicación indica que este producto sí cumple con las exigencias del PPT, la ficha técnica del mismo, que la recurrente extrae de la web de la AEMPS a fecha 14 de agosto de 2024, es la siguiente:

.:: CIMA ::. FICHA TECNICA IONOLYTE SOLUCION PARA PERFUSION (aemps.es).

En esta ficha se indica que la solución para perfusión contiene:

	500 ml	1000 ml
-Acetato sódico trihidrato	2,32 g	4,63 g
-Cloruro sódico	3,01 g	6,02 g
-Cloruro potásico	0,15 g	0,30 g
-Cloruro magnésico hexahidrato	0,15 g	0,30 g

La recurrente alega que los valores recogidos respecto a la composición de cloruro sódico, cloruro potásico y cloruro magnésico son claramente diferentes a los mínimos técnicos que se expresan en el PPT, por lo que se debería haber procedido a su exclusión inmediata del procedimiento.

Por su parte, el órgano de contratación señala que los requisitos de carácter mínimo señalados en el PPT "son los necesarios para atender las necesidades terapéuticas de los pacientes en los centros sanitarios, cumpliendo con los objetivos terapéuticos (tratamiento eficaz) y de seguridad establecidos en la normativa de aplicación".

Añade que "si bien la composición de la solución ofertada por FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A., en el lote 61, no es exactamente igual a la establecida en el PPT, el equipo técnico consultado, que ha valorado el producto consideró que, aunque se aprecie una mínima variación en la composición (concentración), el producto es indudablemente un 'Cristaloide balanceado hipotónico' (denominación del lote 61), que tiene las mismas indicaciones terapéuticas, forma y velocidad de administración, dosis y precauciones en cuanto a edad y peso, así como las mismas contraindicaciones que el producto ofertado por BAXTER, S.L., y que las pequeñas diferencias cuantitativas en los componentes (concentración) no influyen para que ambos sean sueros cristaloides balanceados hipotónicos (denominación del lote 61), y por tanto equivalentes y sustituibles, en todos los aspectos relacionados con su utilización sanitaria".

Concluye señalando que el producto cumple con las especificaciones del PPT y que el recurso debe desestimarse.

5º.- Expuestas las posiciones de las partes procede analizar si la oferta de la adjudicataria cumplía con las exigencias del PPT.

El PPT, en su cláusula 1 determina que "El presente pliego tiene por objeto el establecimiento de los requisitos de carácter mínimo exigibles para la realización del suministro de soluciones para terapia intravenosa e irrigación, de utilización común en los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (GRS)".

En cuanto a los requisitos mínimos establecidos en el PPT, estos eran cloruro sódico 5,26 g/l, cloruro potásico 0,37 g/l y cloruro hexahidratado 0,3 g/l.

La ficha del producto ofertado por la adjudicataria Fresenius dispone que las concentraciones son las siguientes:

	500 ml	1000 ml
Acetato sódico trihidrato	2,32 g	4,63 g
Cloruro sódico	3,01 g	6,02 g
Cloruro potásico	0,15 g	0,30 g
Cloruro magnésico hexahidrato	0,15 g	0,30 g

La recurrente señala que el producto ofertado por la adjudicataria, contiene valores respecto a la composición de cloruro sódico, cloruro potásico y cloruro magnésico claramente diferentes a los mínimos técnicos que se expresan en el PPT.

Sin embargo, debe indicarse que el Pliego al recoger las concentraciones mínimas se refiere a "g/l", es decir, gramos por litro, por lo que para poder realizar la equivalencia con la composición de producto ofertado por la adjudicataria Fresenius habría de estarse a la segunda de las columnas que contiene la ficha técnica, es decir, la que se refiere a 1000 ml, es decir, 1 litro. En esta segunda columna, las cantidades de cloruro sódico del producto de la adjudicataria serían superiores a las señaladas como mínimo en el PPT (6,02 frente a 5,26), en el caso del cloruro hexahidratado serían de 0,30 y por tanto se ajustarían a lo indicado en el PPT. Respecto al cloruro

potásico, existiría una diferencia de -0,07 gramos/litro respecto a las exigencias del Pliego.

Una vez establecido lo anterior, hemos de remitirnos al PCAP, que en su apartado 2.4.1.D, enumera la documentación técnica que permite verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del PPT. En este punto se dispone que son los Catálogos y/o Ficha Técnica de los productos en castellano, o en su defecto con traducción del contenido. Señala que esta documentación contendrá al menos: descripción del producto y de las características establecidas en la definición de cada lote en cuanto a su composición, medidas y diseño. Más adelante, en el apartado 3.1.1.2, referido a la apertura de las proposiciones, dispone que "(...) la Mesa de contratación solicitará informe técnico para la verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Las proposiciones que no cumplan estos requisitos mínimos serán excluidas del procedimiento de adjudicación".

El informe técnico de valoración incorporado al expediente consideró que el producto cumplía con las especificaciones técnicas.

Con ocasión de la interposición del recurso, el Servicio de compras sanitarias indicó que "el producto es indudablemente un 'Cristaloide balanceado hipotónico' (denominación del lote 61), que tiene las mismas indicaciones terapéuticas, forma y velocidad de administración, dosis y precauciones en cuanto a edad y peso, así como las mismas contraindicaciones que el producto ofertado por BAXTER, S.L., y que las pequeñas diferencias cuantitativas en los componentes (concentración) no influyen para que ambos sean sueros cristaloides balanceados hipotónicos (denominación del lote 61), y por tanto equivalentes y sustituibles, en todos los aspectos relacionados con su utilización sanitaria".

Asimismo, indica que "(...) el objetivo principal del expediente es garantizar la adecuada atención sanitaria de los pacientes con los oportunos parámetros de calidad proporcionando un tratamiento eficaz y seguro".

En efecto, comprobadas las fichas técnicas del producto ofertado por Baxter y del ofertado por Fresenius, ambos presentan las mismas indicaciones terapéuticas, forma y velocidad de administración, dosis y precauciones en cuanto a edad y peso, y las mismas contraindicaciones.

En relación con la discrecionalidad, si bien por referencia la valoración técnica de las ofertas presentadas por los licitadores y su enjuiciamiento y control por los tribunales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado, de manera reiterada, que la Administración goza de discrecionalidad técnica en la ponderación de criterios evaluables en función de juicios de valor; por lo que, al tratarse de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Resulta manifiesto que este Tribunal carece de la suficiente formación para entrar en consideraciones estrictamente técnicas sobre la materia objeto de contrato. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar tal valoración, pero el examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Hay que tener en cuenta que la definición de los requisitos técnicos debe hacerse por referencia a la funcionalidad que se pretende obtener con ellos. Como ha señalado este Tribunal, entre otras las RRTARCCYL números 138/2019, de 17 de septiembre, o 65/2019, de 30 de mayo, "Corresponde a las entidades adjudicadoras la determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la Mesa de contratación, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen, criterios que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad. Por ello no resulta restrictivo de la libre competencia el establecimiento en los pliegos de prescripciones que encuentren justificación en las necesidades del órgano de contratación o en su forma de satisfacerlas a través de la contratación pública".

Así las cosas, en el caso que nos ocupa la función de este Tribunal se limita a determinar si nos encontramos ante una valoración arbitraria o discriminatoria, circunstancia que no se ha acreditado.

A estos efectos, pude concluirse que los técnicos han realizado una interpretación de las especificaciones técnicas del pliego razonable y acorde con la finalidad pretendida, que a tenor del apartado 6 del cuadro características del PCAP , es la de "garantizar el abastecimiento de los Centros Sanitarios dependientes de la GRS con sueros inyectables vía intravenosa y de irrigación, de forma que se garantice la adecuada atención sanitaria de los pacientes con los oportunos parámetros de calidad (...)".

Conviene recordar además que ambas empresas Baxter y Fresenius, han sido adjudicatarias del lote 61 del presente Acuerdo marco, de forma que disponer de 2 productos para el lote 61 permitirá disponer de alternativas en el supuesto de cualquier problema de desabastecimiento durante la duración del Acuerdo Marco, tanto por roturas de stock como por problemas de calidad.

Por lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación nº 104/2024, interpuesto por Baxter S.L., contra la adjudicación del lote 61 del Acuerdo Marco con varios adjudicatarios para el suministro de soluciones para terapia intravenosa e irrigación, con destino a los centros sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León", expte. 047/2024; SAT 2020013944.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).