



EB 2017/175

EB 2018/014

Resolución 022/2018, de 8 de febrero de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con los recursos especiales interpuestos por NUTRICIA, S.R.L. contra la admisión de las ofertas presentadas por la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A. a los lotes 5 y 7 del contrato “Acuerdo Marco para el suministro y distribución de productos dietéticos a los centros socio – sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por Osakidetza, y contra la adjudicación del citado contrato.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de diciembre de 2017, la empresa NUTRICIA, S.R.L. (en adelante, NUTRICIA) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la admisión de las ofertas presentadas por la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A. (en adelante, FRESENIUS) a los lotes 5 y 7 en el contrato “Acuerdo Marco para el suministro y distribución de productos dietéticos a los centros socio – sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Solicitados al poder adjudicador el día 22 de diciembre el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los citados documentos se recibieron en el OARC / KEAO los días 5 y 16 de enero de 2018, respectivamente.



TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados el día 4 de enero, con fecha 11 de enero se recibieron las de FRESENIUS.

CUARTO: Con fecha 1 de febrero de 2018 se recibió en el registro del OARC / KEAO el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de los lotes 5 y 7 del contrato “Acuerdo Marco para el suministro y distribución de productos dietéticos a los centros socio – sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por Osakidetza, y con fecha 2 de febrero solicitó que este recurso y el mencionado en el Antecedente de Hecho primero se acumularan en un único procedimiento.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Según el artículo 13.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento. En este caso, NUTRICIA ha presentado dos recursos en el marco del procedimiento de adjudicación del mismo contrato, y como señala el propio recurrente, aunque los actos impugnados son distintos y corresponden a momentos procesales diferentes (en un caso la admisión de una oferta y en otro la adjudicación del contrato a dichas ofertas), la fundamentación de los recursos es idéntica. Además, la pretensión de fondo es la misma, pues se trata de descartar las ofertas de un competidor, lo que redundaría en la obtención de la adjudicación. Consecuentemente, procede acceder a la acumulación solicitada.

SEGUNDO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de D.T.J.C.V, que actúa en su nombre.



TERCERO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

CUARTO: La resolución de adjudicación es un acto susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.2 c) del TRLCSP. Por lo que se refiere a la impugnación de la admisión de las ofertas (recurso EB 2017/175), este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores que la admisión de las ofertas contractuales no es un acto de trámite susceptible de recurso especial, como se deduce del artículo 40.2 b) del TRLCSP, ya que no es “cualificado” porque no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para el recurrente, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (ver, por todas, la Resolución 28/2017). Sin embargo, conforme a la STJUE de 5 de abril de 2017, (Marina del Mediterráneo C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), la Directiva 89/665, modificada por la Directiva 2007/66 (en adelante, “Directiva de recursos”) se opone a una normativa nacional que limita el ámbito del recurso especial a los actos de trámite que sean cualificados, de modo que se excluya de él la alegación de ilegalidad de la decisión del poder adjudicador de admitir a un licitador al procedimiento de contratación. Además, según la citada sentencia, la Directiva de recursos tiene, en esta materia, efecto directo. Por todo ello, el artículo 40.2 b) del TRLCSP debe entenderse desplazado y la doctrina de este Órgano basada en él ha de modificarse. Consecuentemente, el recurso EB 2017/175 debe aceptarse a trámite (en este sentido, ver la Resolución 137/2017 del OARC / KEAO).

QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Los argumentos de ambos recursos son, en síntesis, los siguientes:



a) La apertura de la parte de la oferta relativa a criterios sujetos a juicio de valor supone la admisión de la misma pese a contener variantes en los lotes 5 y 7, lo que incumple los pliegos de la licitación, que lo prohibían expresamente; concretamente, se han incluido varios productos con diferentes características técnicas (incluso con diferente clasificación), lo que debe considerarse como variantes técnicas.

b) La presentación de ofertas simultáneas supone la exclusión de la oferta de FRESENIUS en lo relativo a todos los productos presentados en los lotes en los que se presenta más de un producto.

c) Finalmente, solicita la anulación del acto de la Mesa de Contratación de 28 de noviembre de 2017 por el que se aceptan las ofertas de FRESENIUS en los lotes 5 y 7 únicamente en lo que se refiere a dicha admisión, manteniéndose invariable respecto a la admisión del resto de licitadores.

OCTAVO: Las alegaciones de FRESENIUS para oponerse al recurso EB 2017/175 son, en síntesis, las siguientes:

a) El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) permite la presentación de una oferta que comprenda varias referencias de producto, siempre y cuando cada una de ellas cumpla con todos los requisitos técnicos obligatorios (estar de alta en el nomenclátor de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud, tener asignado el subtipo correspondiente al lote al que se licita y cumplir con el requisito de presentación). Las referencias que cumplan estos requisitos no incorporan soluciones técnicas diferentes a las que exige el pliego ni son productos distintos. Del contenido de los pliegos se deduce implícitamente que pueden presentarse referencias distintas al mismo lote, pues establece que todas deberán ofertarse al mismo precio, no siendo admitidas en caso contrario; es decir, el pliego admite la presentación de todas las referencias que, cumpliendo los requisitos técnicos, se ajusten a un precio único y puedan presentarse con el mayor número de sabores posible.



b) Se alega que no pueden considerarse variantes la presentación de ofertas que comprenda varios códigos identificativos, si todos ellos cumplen las prescripciones técnicas, sobre todo cuando el propio pliego admite referencias distintas por cada lote.

c) El modo de actuar de FRESENIUS es el mismo que en contrataciones anteriores similares, por lo que se ha generado una confianza legítima que se vería alterada si ahora se cambia el criterio de actuación del poder adjudicador.

NOVENO: El poder adjudicador alega, en el recurso EB 2017/175, que Osakidetza dividió el expediente en lotes, cada uno de los cuales se corresponde con un subtipo del Nomenclátor y determinó que los únicos criterios técnicos solicitados en el PPT fueran los de pertenencia al subtipo licitado, unidad de presentación y saborización; en algún caso se vio la conveniencia de dividir el mismo subtipo en dos lotes distintos, en los que las diferencias radican en la unidad de presentación y en el precio de licitación. El PPT no recoge ninguna obligatoriedad de ofertar un único producto o código por lote, ni tampoco la obligatoriedad de ofertar todos los productos y presentaciones que se comercialicen de cada lote; en cualquier caso, todas las ofertas tienen la condición de oferta base, por lo que no se comparte la alegación de la recurrente de que la oferta de FRESENIUS incluye varios productos con diferentes características técnicas; de hecho, la empresa que tenga autorizada la comercialización de más de un producto o código en el nomenclátor y quiera conseguir el máximo de puntos por el criterio “sabor” tendrá que licitar por el mayor número de códigos posible. En definitiva, no son variantes las ofertas de distintos productos por parte de FRESENIUS, dado que propone varios códigos por lote todos al mismo precio, que es lo mismo que ha hecho la propia recurrente para varios lotes. Finalmente, el recurso habla de que la adjudicataria “oferta varios productos con diferentes características técnicas”, pero no las concreta.



DÉCIMO: El recurso estima que la oferta del adjudicatario impugnado a los lotes 5 y 7 debió ser excluida por presentar ofertas simultáneas, lo que infringe la prohibición de los pliegos de presentar variantes.

La viabilidad de la pretensión del recurrente debe contrastarse con lo establecido en los pliegos a los que se alude, los cuales rigen la licitación vinculando al poder adjudicador y a los operadores económicos mientras no hayan sido anulados (ver la Resolución 118/2017 del OARC / KEAO, que desestimó el recurso de NUTRICIA contra diversos apartados del PCAP de este mismo contrato). En concreto, las cláusulas relevantes para el análisis del recurso son las siguientes:

1) Apartado 3 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), descripción de los lotes 5 y 7:

Nº Lote	Subtipo	Descripción Subtipo	Consumo estimado 2 años en mL-g	Unidad presentación	Precio sin IVA 100 mL - 100 g	Unidad medida Precio	Saborización	Importe estimado 2 años (IVA excluido)
5	CPHH1	F. completas poliméricas hiperproteicas hipercalóricas. Sin fibra	127.212.200	125-300 mL	0,8733	100 mL	sabor	1.110.944,14
7	CPHH2	F. completas poliméricas hiperproteicas hipercalóricas. Con fibra	52.238.000	125-300 mL	1,2846	100 mL	sabor	671.049,35

2) Apartado 28.7 de la carátula del PCAP:

Admisión de variantes (sí / no): No

3) Apartado 30.2.1.1.C, criterio de adjudicación aplicable a los lotes 5 y 7:

30.2.1.1.C	Sabores		3
	La empresa que presente más sabores diferentes obtendrá 3 puntos. Mediante una regla de tres se calculará la puntuación del resto de las empresas. Los sabores combinados, (por ejemplo sabor albaricoque-melocotón, frutas del bosque...) se considerarán cómo un único sabor. El neutro se considerará un sabor.	3	



4) Apartado 31.1 de la carátula del PCAP:

Antes de proceder a la apertura del sobre B (criterio formulas) se comprobará el cumplimiento de las características técnicas, es decir, que los productos ofertados están en el Nomenclátor de Productos Dietéticos del Sistema Nacional de Salud del mes anterior al de la fecha en que termine el plazo para la presentación de las proposiciones. (Característica excluyente) y en el mismo subtipo del lote al que licita la contratista y que cumpla con la unidad de presentación requerida.

5) Párrafos 4 y 5 del apartado 1 del PPT:

“Quedará excluida la oferta en la que el producto ofertado no se encuentre clasificado en el Nomenclator en el mismo subtipo del lote al que se licita.

Quedará excluida la oferta en la que el producto ofertado no cumpla con la unidad de presentación requerida.”

A la vista de lo anterior deben extraerse varias conclusiones determinantes para la resolución de recurso. La primera de todas ellas es que la clara literalidad del apartado 28.7 de la carátula del PCAP excluye la posibilidad de presentar variantes. Como ha señalado este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 142/2017), la variante se caracteriza por proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo, de modo que el poder adjudicador puede elegir una de entre ellas descartando el resto; de hecho, la aceptación de variantes es una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas, establecida en el artículo 145.3 del TRLCSP. A partir de esta definición, no hay ninguna contradicción entre la citada cláusula 28.7 y las demás que se han reproducido más arriba. La prohibición de presentar variantes no implica que, sin alterar la descripción técnica de cada uno de los productos, caracterizada básicamente por el subtipo (CPHH1 en el lote 5 y CPHH2 en el lote 7) y la unidad de presentación (definida en el caso de los lotes 5 y 7 por una amplia banda entre los 125 y los 300 mililitros), los licitadores puedan presentar en cada lote cuantos productos deseen siempre que cumplan dichos requisitos. Hasta tal punto es así que el



criterio de adjudicación “sabores” les incentiva a ello, pues premia la oferta de productos del mismo subtipo pero con códigos de presentación diferente. El órgano de contratación, como bien señala en su informe, ha querido dar a todos los productos (códigos) del mismo subtipo el tratamiento de ofertas base o únicas, y no el de variantes, ya que su intención no es poder optar entre soluciones técnicas alternativas; por el contrario, se ha pretendido disponer de todas ellas (cuantas más mejor) por entender que ello aumenta el valor de la proposición (ver la Resolución 118/2017 del OARC / KEAO, referida precisamente a este mismo contrato y, en concreto, al criterio “sabores”). Del mismo modo, la oferta de varios productos del mismo subtipo no pretende ser alternativa, sino que busca la aceptación de todos ellos. Consecuentemente, la oferta por FRESENIUS de distintos códigos de presentación pero todos ellos correspondientes al mismo subtipo del nomenclátor no infringe la prohibición de la cláusula 28.7 de la carátula del PCAP y no supone la presentación de ofertas simultáneas, por lo que ambos recursos deben desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar los recursos especiales interpuestos por NUTRICIA, S.R.L. contra la admisión de las ofertas presentadas por la empresa FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A. a los lotes 5 y 7 del contrato “Acuerdo Marco para el suministro y distribución de productos dietéticos a los centros socio – sanitarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por Osakidetza, y contra la adjudicación del citado contrato.



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.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2018ko otsailaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de febrero de 2018