**RECURSO 100/2022
RESOLUCIÓN 136/2022**

Resolución 136/2022, de 1 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Baxter, S.L., frente a la Resolución de la directora gerente del Complejo Asistencial Universitario de Burgos, de 20 de junio de 2022, por la que se adjudica el lote 6 del contrato de suministro de dializadores y material fungible necesario para el tratamiento de hemodiálisis para el Complejo Asistencial Universitario de Burgos (expte. PAB/091/2021/2003).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la directora gerente del Complejo Asistencial Universitario de Burgos (CAUBU), se aprueba el expediente para la contratación del suministro de dializadores y material fungible necesario para el tratamiento de hemodiálisis para el CAUBU.

El contrato, dividido en 10 lotes, tiene un valor estimado de 1.999.374,30 euros.

Una vez tramitado el procedimiento de contratación, por Resolución de la directora gerente del Complejo Asistencial Universitario de Burgos, de 20 de junio de 2022, se adjudica el contrato.

Segundo.- El 15 de julio D. yyy, en nombre y representación de Baxter, S.L., presenta en el registro de este Tribunal un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del lote nº 6. Alega que la oferta de la adjudicataria de dicho lote (Nipro Medical Spain, S.L.) incumple el contenido mínimo exigido en los pliegos.

Alega también que no ha podido acceder a la oferta de la adjudicataria al ser confidencial, si bien alega que ni hay declaración de confidencialidad, por lo que solicita al Tribunal poder acceder al expediente.

Tercero.- Incorporado el recurso al registro de expedientes con el número 100/2022, y tras ser requerido el órgano de contratación, se ha recibido en este Tribunal el expediente y el informe de dicho órgano.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia a los demás licitadores, la adjudicataria (Nipro Medical Spain, S.L.) ha presentado alegaciones en las que solicita la inadmisión del recurso, por falta de legitimación de la recurrente, al carecer de interés directo y real, "pues es conocedora que al superar el precio de máximo de licitación en su oferta económica, la única posibilidad de obtener una ventaja sería mediante un nuevo procedimiento". Añade que la oferta presentada cumple los pliegos y que la recurrente, actual adjudicataria del contrato, ha podido conocer los términos de su oferta, a la vista del grado de detalle del recurso.

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 (en adelante 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, del libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

No se ha considerado necesario el acceso al expediente, solicitado por la recurrente, ya que las argumentaciones contenidas en el recurso permiten considerar que ha tenido conocimiento suficiente de la oferta económica de

la adjudicataria (tipo de dializador, modelo y referencia) que le ha permitido fundamentar el recurso.

3º.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículos 44, apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

4º.- El recurso se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

5º.- En cuanto a la legitimación de la recurrente, el artículo 48 de la LCSP dispone en su párrafo primero que "Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso".

Es jurisprudencia reiterada, plasmada en Sentencias del Tribunal Supremo como las de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, que el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa, de prosperar esta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico, o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.

Es doctrina de este Tribunal recogida, entre otras, en las Resoluciones 19/2015, 10/2018, 28/2018 y 33/2018, que el excluido del procedimiento de contratación carece del interés exigible en el artículo 48 del LCSP para recurrir posteriormente contra la adjudicación.

Igualmente, este Tribunal ha declarado que la legitimación de un recurrente no puede basarse en la presunción de que la declaración de desierto de un procedimiento de licitación supondrá necesariamente una nueva oportunidad para la recurrente excluida, porque renacería su derecho a ser adjudicataria en un nuevo procedimiento, puesto que el órgano de

contratación no está obligado a licitar de nuevo la contratación anulada ni a hacerlo en las mismas condiciones.

Tales posturas fueron respaldadas por la Sentencia 833/2020, de 16 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, que señala que "Frente a los anteriores razonamientos no pueden prevalecer los argumentos que se expresan por la parte actora, que en gran medida coinciden con la mera defensa de la legalidad, no a un interés concreto, al no poder ser ya adjudicatario del contrato, y careciendo de relevancia que en el supuesto de la anulación del acto dictado adjudicando el contrato debiera existir una segunda licitación, lo cual no es una norma de comportamiento necesario, dadas las amplias potestades discrecionales de las que sobre el particular está dotada la Administración.

»Tampoco puede entenderse que por el hecho de que se notificara la resolución sobre adjudicación a dicha entidad se le esté reconociendo legitimación para efectuar su impugnación, ya que ello solo acontecería de haber existido una resolución de fondo que afectara a sus intereses sin haber negado legitimación para ser destinatario de la misma, lo que no acontece en el presente caso".

En este sentido, sobre la legitimación se pronunciaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1973, Marcato/Comisión, 37/72, cuya doctrina fue recogida por la Sentencia de 9 de junio de 2011, C-401/09P, Evropaiki Dynamiki, apdo. 49, y precisada específicamente para los supuestos de legitimación por una exclusión previa por la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15).

No obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 24 de marzo de 2021 (asunto c-271/19), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, "por el Symvoulío tis Epikrateias (Epitropi Anastolon) [Consejo de Estado (Comisión de Suspensión)], Grecia", precisa más la doctrina:

«41 (...) el licitador excluido tiene derecho a formular cualquier motivo contra la decisión de admisión de otro licitador, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta.

»42 Dicho esto, el principio jurisprudencial recordado en el apartado 31 de la presente sentencia solo es válido en tanto la exclusión del licitador no haya sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 57 y 58, y de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartados 31 y 32).

»43 Por lo tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, en el caso de autos, la exclusión de NAMA debe considerarse definitiva por haber sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, de la resolución de remisión no se desprende que así sea.

»44 Con esta salvedad, la circunstancia de que el Derecho nacional obligue al licitador excluido a interponer un recurso administrativo previo antes de poder acudir al órgano jurisdiccional remitente carece de incidencia sobre la interpretación expuesta en los apartados 38 y 41 de la presente sentencia. (...).

»45 Tal interpretación no queda desvirtuada por la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988) mencionada por el órgano jurisdiccional remitente en este contexto. Si bien es cierto que, de los apartados 13 a 16, así como 31 y 36, de dicha sentencia resulta que se podía denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta había sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, procede señalar que, en el asunto que dio lugar a esa sentencia, que no se refería a un recurso ante un órgano nacional de recurso administrativo, la decisión de exclusión de dicho licitador había sido

confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartado 31).

»46 Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que los artículos 1, apartados 1 y 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 bis, apartado 2, de la Directiva 92/13 deben interpretarse en el sentido de que un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de ese procedimiento ha sido desestimada puede invocar, en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, todos los motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, incluidos motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta. Esta facultad no se ve afectada por el hecho de que el recurso administrativo previo ante un órgano nacional independiente que, en virtud del Derecho nacional, debía ser interpuesto previamente por dicho licitador contra la decisión de su exclusión haya sido desestimado, siempre que esa desestimación no haya adquirido fuerza de cosa juzgada”.

En este caso, la recurrente fue excluida por superar su oferta el precio base de licitación (ofertó 12.240 euros, sin IVA, mientras que el precio de licitación es de 11.560 euros). Ahora bien, en el presente caso, la doctrina expuesta permite considerar que la recurrente, en la medida que su exclusión no es definitiva (la notificación de su exclusión se realizó en la resolución de adjudicación), está legitimada para recurrir la admisión o, como en este caso la adjudicación, de otro licitador, alegando motivos que sean ajenos a su propia exclusión.

6º.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que “el órgano de contratación ha adjudicado el lote 6 a un producto ofertado que no cumple con los mínimos técnicos relativos a la composición de la membrana ni al punto de corte ‘cut off’ requerido”, por lo que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida.

El pliego de prescripciones técnicas establece como características técnicas para el lote 6 las siguientes:

Nº lote	NOMBRE	CARACTERISTICAS TECNICAS:
6	Membrana para hem. expandida, de punto de corte medio y alto “cut off”, de poliariletersulfona y polivinilpirrolidina libre de bisfenol A	Membrana para hemodiálisis expandida, de punto de corte medio y alto “cut off”, compuesta de poliariletersulfona y polivinilpirrolidina libre de bisfenol A Se usará para pacientes en los que no se pueda realizar hemodiafiltración en línea. Valores mínimos de 0,1 aplicables al coeficiente de cribado para beta-2 microglobulina y coeficiente de cribado para mioglobina.

La recurrente alega que el modelo ofertado por la adjudicataria, Eliseo 21HX, “es un dializador Super High Flux cuya membrana es de Polietersulfona. Por tanto, no cumple los mínimos técnicos de corte medio y alto cut off ni está compuesta de poliariletersulfona y polivinilpirrolidina tal y como establecían los mínimos técnicos del Pliego.

»Es importante destacar, que la combinación de Poliariletersulfona (PAES) y Polivinilpirrolidina (PVP) es una mezcla única de polímeros que por su estructura interacciona solo levemente con los componentes de la sangre.

»Además, la estructura conformada en la membrana logra una gran eficacia versus superficie, de forma que con superficies menores se logran aclaramientos similares, e incluso superiores, que dializadores con superficies mucho mayores; esto es particularmente beneficioso ya que el volumen extracorpóreo disminuye, por lo que la sangre expuesta al contacto con la membrana es menor, pero a la vez se logran unos rendimientos máximos. Esto hace que la membrana sea por tanto más eficiente.

»- Diámetro interno más pequeño (180 µm): un diámetro interno pequeño reduce la resistencia en la sangre para que los solutos se trasladen a la superficie de la membrana.

»Esta disminución de diámetro provoca una mayor caída de presión a lo largo de la longitud del capilar lo que favorece la filtración interna mejorando notablemente el aclaramiento de las moléculas medianas de mayor tamaño respecto a otro tipo de dializadores.

»Espesor membrana más fino (35 µm): una membrana más fina y más porosa reduce la resistencia en la misma a que los solutos se muevan a través de ella.

»Esto hace que dicha membrana consiga una mayor permeabilidad de las moléculas medianas grandes (> de 25kDa) respecto a las membranas de alto flujo (Super High Flux).

»Todo esto confiere propiedades únicas de gran permeabilidad y selectividad mediante la exclusión por tamaño, manteniendo un alto balance de eficacia y seguridad en el tratamiento de hemodiálisis convencional, que no se consigue con membranas de super alto flujo, como la ofertada por NIPRO MEDICAL SPAIN SL

»Por tanto, y según lo expuesto anteriormente, el Órgano de Contratación ha adjudicado el Lote 6 a un producto ofertado que no cumple con los mínimos técnicos relativos a la composición de la membrana ni al punto de corte `cut off´ requerido”.

Frente a ello, el informe del órgano de contratación afirma lo siguiente:

“Tras la publicación de la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en fase de recepción de proposiciones, se recibieron y contestaron diversas preguntas y consultas, entre las cuales, una de ellas, viene referida respecto a las características técnicas del lote 6, objeto del recurso, cuyo literal se transcribe a continuación:

` Buenas tardes, respecto al lote 6: Membrana para hem. Expandida, de punto de corte medio y alto «cut off», de poliariletersulfona y polivinilpirrolidina libre de bisfenol A. Esta descripción limita la presentación de ofertas a una casa comercial exclusivamente, ¿se podrían valorar otras composiciones de membrana? En caso afirmativo, ¿podrían indicar la superficie de membrana que necesita el hospital? Muchas gracias de antemano´.

»Contestación por nuestra parte con fecha 19 de enero de 2022, lo siguiente:

` Buenos días. En contestación a su pregunta y tras consulta con el Servicio Técnico, se informa lo siguiente: «Se valorarán las características de las membranas mediante fórmulas cuantitativas, en concreto, en el lote 6 se valorarán los coeficientes de cribado para la beta 2m, la mioglobina y la albúmina con el fin de conseguir alto poder convectivo de moléculas grandes con la menor pérdida de albúmina. No se ha considerado necesario, definir la superficie de la membrana». Un saludo´.

»En el PPT, en las características técnicas que se establecen para el lote 6: ` Membrana para hemodiálisis expandida, de punto de corte medio y alto «cut off», compuesta de poliariletersulfona y polivinilpirrolidina libre de bisfenol A´, con la respuesta dada, a la pregunta anterior que se hacía, no parece entenderse que sea una característica excluyente, pudiéndose valorar otras composiciones de membrana. De hecho, en el informe técnico que emite el Servicio de Nefrología, no se indica nada al respecto, en cuanto al incumplimiento del PPT por parte de la empresa NIPRO MEDICAL SPAIN, S.L. ni de la empresa IZASA HOSPITAL, S.L.U., haciendo más bien [h]incapié en los valores convectivos (que son los referidos a los coeficientes de cribado beta 2 y mioglobina y albúmina), resultando en este sentido excluida la empresa IZASA HOSPITAL, S.L.U. al no alcanzar el mínimo exigido de 6 puntos, establecidos en el pliego administrativo.

La adjudicataria, cuya oferta se cuestiona en el recurso, se limita a señalar en las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia que "el dializador punto de corte medio y alto `cut off´ ofertado por NIPRO cumple las características exigidas tal y como ha señalado el Servicio Técnico y que

consta en el expediente, el cual goza de presunción de veracidad la cual no ha sido desvirtuada por BAXTER mediante prueba suficiente en contrario; características, que además, han quedado acreditadas por NIPRO mediante la aportación de forma diligente de toda la documentación exigida en los Pliegos”.

Expuestas las posiciones de las partes, la resolución del recurso exige partir de la reiterada jurisprudencia y doctrina que afirman que los pliegos de la licitación constituyen la ley del contrato, y de que, conforme al artículo 139.1 de la LCSP, “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”.

La características técnicas exigidas en el pliego para el lote 6 son claras y su literalidad no ofrece lugar a dudas: se refieren a las características y composición de la membrana (“Membrana para hemodiálisis expandida, de punto de corte medio y alto `cut off`, compuesta de poliariletersulfona y polivinilpirrolidina libre de bisfenol A”) y al uso al que se destinarán (“Se usará para pacientes en los que no se pueda realizar hemodiafiltración en línea”), y exige “Valores mínimos de 0,1 aplicables al coeficiente de cribado para beta-2 microglobulina y coeficiente de cribado para mioglobina”.

La recurrente, como ya se ha expuesto, afirma que el producto ofertado por la adjudicataria no cumple los requisitos mínimos previstos en el pliego y, además, efectúa una descripción técnica comparativa entre las características exigidas en el pliego y las ofertadas por la adjudicataria, haciendo hincapié en la insuficiencia de esta.

Frente a ello, el órgano de contratación se limita a señalar en su informe que, tras la respuesta ofrecida a una consulta planteada en la Plataforma de Contratación del Sector Público (transcritas anteriormente), la composición de la membrana no es una característica excluyente y que son admisibles otras composiciones de membrana. Además, añade que en el informe técnico de valoración “no se indica nada” sobre el incumplimiento de los pliegos (en dicho informe se señala de forma expresa que “Nitro Medical Spain oferta una membrana que cumple la definición del enunciado y que,

además, cumple con las especificaciones del transporte convectivo (coef cribado Beta 2, mioglobina y albúmina). Aplicadas las fórmulas cuantitativas le corresponde el primer lugar, por lo que se propone como adjudicatario de este lote”).

Ya se ha señalado en reiteradas ocasiones que el informe del órgano de contratación tiene como finalidad ofrecer datos, fundamentos y valoraciones al Tribunal para que este se forme una opinión sobre la cuestión controvertida y adopte una resolución. Para ello debe tener un conocimiento correcto de todas las argumentaciones técnicas que se realizan, dado que, como órgano externo al contrato, es ajeno al contenido sustantivo del servicio a contratar. Ello es especialmente relevante en recursos dirigidos contra la adjudicación de contratos de cierta complejidad técnica, en los que una elevada contradicción y las argumentaciones estrictamente técnicas dificultan la comprensión de la controversia. Por ello es necesario que los informes sean adecuados a sus fines y congruentes con las pretensiones jurídicas que son objeto del procedimiento.

Sin embargo, el informe del órgano de contratación es escueto, genérico y no argumenta la corrección de la actuación impugnada. Así, no niega la afirmación, contenida en el recurso, de que la composición del producto ofertado por la adjudicataria no se ajusta al pliego, y tampoco rebate las alegaciones técnicas formuladas en el recurso, ni justifica en qué medida la composición de la membrana es o no relevante para calidad del producto. La adjudicataria, por su parte, aporta prueba de que su oferta cumple los requisitos mínimos del pliego, sino que se limita a afirmar su cumplimiento y se remite al informe de valoración de las ofertas, cuya presunción de veracidad invoca.

Pues bien, analizado el expediente este Tribunal considera que la oferta de la adjudicataria no se ajusta a lo previsto en el pliego.

En el documento “Oferta técnica” presentado por la adjudicataria figura para el lote 6, como características técnicas ofertadas, las siguientes:

“Dializador ELISIO 21 HX, referencia ELI-21HX-GJ, con membrana de polietersulfona y polivilpirrolidona para hemodiálisis expandida. Libre de Bisfenol A, DEHP, Latex, PVC.

- »- Kuf; 82 ml/h/mmHg
- »- Coeficiente de cribado para β 2-Microglobulina = 1
- »- Coeficiente de cribado para mioglobina: 0,86
- »- Coeficiente de cribado para albumina: 0,0024”.

Sin embargo, en la ficha técnica del producto “Elisio™-HX, Synthetic Polynephron™, dializador de fibra hueca”, obrante en el expediente, consta de forma expresa:

- Membrana de alto flujo
- »• Membrana de polietersulfona POLYNEPHRON™
- »• No contiene BPA (Fibras, carcasa y sellado de la membrana)”.

La ficha técnica describe a continuación los materiales utilizados en el producto. Así, consta que el material empleado en la membrana de fibra hueca es polietersulfona, mientras que el pliego exige que sea poliariletersulfona y polivnilpirrolidina.

A la vista de ello, y ante la falta de otros datos en el informe del órgano de contratación o en el expediente que permitan alcanzar otra conclusión, puede afirmarse que el producto ofertado por la adjudicataria no cumple con las exigencias mínimas establecidas en el pliego.

No obsta lo anterior el hecho de que el órgano de contratación apunte que la respuesta a la consulta planteada en la Plataforma de Contratación del Sector Público permitiría admitir otras composiciones de la membrana, al no ser un requisito excluyente. Como se ha expuesto, los pliegos, que son la ley del contrato y establecen las normas del procedimiento de adjudicación, son claros y no ofrecen duda sobre las características mínimas que deben reunir las ofertas; y tales requisitos que no pueden modificarse por la vía mencionada (respuestas a consultas planteadas), sino que deben seguir el cauce adecuado para ello.

Por lo tanto, al no cumplir la oferta de la adjudicataria las características mínimas exigidas en el pliego, el recurso debe estimarse y la adjudicación debe anularse.

En su virtud, 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Baxter, S.L., frente a la Resolución de la directora gerente del Complejo Asistencial Universitario de Burgos, de 20 de junio de 2022, por la que se adjudica el lote 6 del contrato de suministro de dializadores y material fungible necesario para el tratamiento de hemodiálisis para el Complejo Asistencial Universitario de Burgos (expte. PAB/091/2021/2003).

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).