

Barcelona, 30 de novembre de 2022

Resolució núm.: 316/2022 (recurs N-2021-0481)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat per R.d.A.d.F., en nom i representació de l'empresa ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Y HOSPITALARIOS, SL contra la resolució d'anul·lació del lot CO06 de la licitació relativa al contracte de subministrament del material d'oxinoteràpia, connexions circuits i tubuladores, licitat pel CONSORCI COPORACIÓ SANITÀRIA PARC TAULÍ HOSPITAL UNIVERSITARI (expedient 21SM00005P), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. L'anunci de licitació es va publicar el 12 d'abril de 2021 en el perfil de contractant del CONSORCI CORPORACIÓ SANITÀRIA PARC TAULÍ HOSPITAL UNIVERSITARI (en endavant, CCSPT), inserit en la Plataforma de serveis de contractació pública de la Generalitat de Catalunya, a través del qual es van posar a disposició dels interessats els plecs de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altres documents contractuals. També es va publicar en aquella data al Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE) S70.

Es va fixar el valor estimat del contracte en 999.133,2 euros i el lot CO60, de 339.626,05 euros.

SEGON. Desenvolupats els tràmits de la licitació, en data 16 de setembre de 2021, l'òrgan de contractació va comunicar que l'empresa ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Y HOSPITALARIOS, SL (en endavant, ICU) havia estat classificada com a millor oferta del procediment en el lot CO60.

TERCER. En data 30 de setembre de 2021, l'òrgan de contractació va emetre un informe tècnic per a l'anul·lació dels lots CO24 i CO60 del contracte referenciat, on exposa que en relació a la valoració realitzada de les ofertes tècniques presentades:

“en data 16 de setembre de 2021 es va rebre, per part de l'empresa B.Braun Medical SA, al·legacions a la proposta d'adjudicació realitzada per als lots CO24 i CO60 de l'expedient de contractació referencial, tot indicant que cap de les empreses licitadores valorades a l'informe tècnic compleixen amb la totalitat dels requisits sol·licitats en el plec de prescripcions tècniques per aquests dos lots. S'ha constatat, arran d'aquestes al·legacions, que efectivament hi ha licitadors que no compleixen amb els requisits obligatoris del PPT i, per tant, l'informe tècnic no era correcte i s'hauria d'haver contemplat l'exclusió d'aquests licitadors. Per això, i com que ara en aquesta fase del procediment ja estan obertes les ofertes econòmiques i no seria adient tornar a valorar les proposicions rebudes”.

per això proposa l'anul·lació d'aquests lots i la seva nova licitació futura una vegada es modifiquin els requeriments del PPT que siguin necessari.

QUART. En sessió privada celebrada en data 1 d'octubre de 2021 la mesa de contractació va acordar per unanimitat dels seus membres, en relació als lots CO60 i CO24, (i) acceptar la proposta continguda en l'informe emès en data 30 de setembre de 2021 relativa a l'anul·lació dels lots CO60 i CO24 per haver-se posat de manifest l'existència d'un error en la valoració tècnica de compliment dels requisits mínims d'algunes de les ofertes en concurrència en aquests lots, donat que ja s'havia produït l'obertura dels sobres corresponents als criteris de valoració automàtica i (ii) proposar a l'òrgan de contractació la modificació de la proposta d'adjudicació del contracte referenciat i anul·lar els lots CO60 i CO24.

CINQUÈ. En data 5 d'octubre de 2021 es va procedir a adjudicar el contracte, amb indicació dels lots adjudicats, els deserts i les dues anul·lacions de lots –CO24 i CO60–, que va ser notificat i acceptat per ICU (document núm. 22) i publicat al perfil del contractant al dia 6 d'octubre.

SISÈ. En data 8 d'octubre de 2021, arran de la sol·licitud de l'empresa ICU MEDICAL d'accés a l'oferta tècnica presentada a l'expedient de licitació, va es va resoldre donar vista de tota la documentació sol·licitada, excepte d'aquells documents que ja són accessibles mitjançant el

perfil del contractant allotjat a la Plataforma de serveis de contractació pública i d'aquells sotmesos als límits de confidencialitat legalment previstos.

SETÈ. El 26 d'octubre de 2021, ICU va presentar en el registre del Departament d'Economia i Hisenda amb destí al Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, Tribunal) recurs especial en matèria de contractació contra l'adjudicació del contracte fonamentat, en síntesi, pel fet que la licitació del lot CO60 quedés anul·lada, tot defensant que (i) la seva oferta compleix amb el PPT - la seva oferta i la de B. BRAUN MEDICAL, SA superen amb escreix el mínim exigít;- (ii) que ella ja havia estat proposada adjudicatària d'aquest lot, i (iii) va procedir a aclarir l'extrem de la seva oferta relatiu a les dades del flux, indicant que només s'havia de fer una conversió.

Per això sol·licita:

- **se anule la Resolución de adjudicación, así como la decisión de exclusión de ICU MEDICAL y de anulación del Lote CO60.**
- **se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dicha exclusión, admitiendo nuevamente la oferta presentada por ICU MEDICAL por cumplir con todas y cada una de las características técnicas de acuerdo con las cláusulas establecidas en los Pliegos, Ley entre las Partes a los efectos de adjudicar el expediente a la oferta económicamente más ventajosa;**
- **se paralice el procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.**

VUITÈ. Derivat el contracte el 27 d'octubre de 2021, en aquella mateixa data, la Secretaria Tècnica del Tribunal va notificar a l'òrgan de contractació, amb remissió de còpia del recurs interposat, i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, d'acord amb els articles 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (des d'ara, Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels

procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (en endavant, RD 814/2015).

En data 29 de desembre de 2021, va tenir entrada en el Tribunal l'expedient de contractació així com l'informe de l'òrgan de contractació oposant-se al recurs d'ICU, sobre la base de la procedència de la decisió de desistiment per part de l'òrgan de contractació amb cita d'abundant doctrina per tal de garantir correctament els principis rectors de contractació pública, defensant que tot i que "no es va anomenar "desistiment" sinó "anul·lació", però el fons i la forma de la decisió adoptada, es corresponen amb un desistiment de l'article 152 de la LCSP". En concret, sosté:

- S'ha produït una infracció de les normes reguladores del procediment: *"s'ha produït una definició incorrecta de les prescripcions mínimes, o bé una valoració incorrecta del seu compliment per part de les ofertes presentades"*, essent aquest error no esmenable.
- L'informe tècnic de valoració dels requisits del PPT i dels criteris d'adjudicació és erroni, quan, a més es va sol·licitar un aclariment a la recurrent respecte de la velocitat d'infusió mínim, va ser admès i valorat.
- Tenint en compte que ja es va procedir a l'obertura del sobre C, no es pot procedir a la revisió de la valoració sense vulnerar la igualtat de tracte entre les empreses licitadores.

I defensa que també aquesta decisió s'ha adoptat formalment de manera correcta.

NOVÈ. Obert el període d'al·legacions de cinc dies hàbils per aquest Tribunal a les parts interessades, d'acord amb les dades indicades per l'òrgan de contractació, per fer al·legacions si així ho consideraven oportú, dins de termini l'empresa BRAUN va presentar escrit d'al·legacions oposant-se al recurs, tot incidint en l'incompliment del PPT per part de l'empresa ICU del volum d'infusió mínim de 185 ml/mm minut.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per pronunciar-se sobre el recurs especial en matèria de contractació presentat, de conformitat amb l'article 46.2 de la LCSP, la disposició

adicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. El recurs es dirigeix contra la decisió d'anul·lació de la licitació del lot CO60 a propòsit de l'adjudicació de la licitació i que l'òrgan de contractació afirma que pròpiament és un desistiment. D'acord amb això, tal com és criteri reiterat en l'àmbit d'aquest recurs (entre d'altres, les resolucions 140/2021, 3/2021, 214/2020, 302/2019, 79/2018, 28/2018, 112/2017, 71/2017 i 70/2017 d'aquest Tribunal, que incorporen alhora la doctrina fins al moment, en la mateixa línia defensada per la resta de tribunals de recursos contractuals), l'esperit de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de desembre, relativa als procediments de recurs en matèria d'adjudicació de contractes públics, modificada substancialment per la Directiva 2007/66/CE, d'11 de desembre, no és el d'extreure del control de legalitat les decisions de les entitats adjudicatòries que cancel·len les licitacions tancant el procediment de contractació sense l'adjudicació del contracte quan, com en el cas examinat, concorren licitadors que poden veure afectats els seus drets i interessos legítims.

En efecte, el procediment de contractació pot culminar amb l'adjudicació del contracte o amb qualsevol dels altres pronunciaments que preveu la LCSP entre els quals es troba el desert de les licitacions per manca d'ofertes admissibles, la decisió de no adjudicar el contracte o, com en aquest cas, el desistiment del procediment d'adjudicació.

En aquest procediment de contractació, en el qual hi ha concorregut diverses empreses, aquest Tribunal aprecia que l'acte impugnat no pot quedar al marge del seu control. Amb paraules del Tribunal de Justícia de la Unió Europea –TJUE– en la Sentència de 18 de juny de 2002 (assumpte C-92/00, *Hospital Ingénieure*):

“55 (...) el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige que el acuerdo de la entidad adjudicadora por el que se cancela la licitación para la adjudicación de un contrato público de servicios pueda ser objeto de recurso y, en su caso, anulado, por haber infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos internos al referido Derecho.”

En el mateix sentit es pronuncia el TJUE en la Sentència de 2 de juny de 2005 (assumpte C-15/04) i així ho ha anat incorporant aquest Tribunal en la seva doctrina a través de les resolucions abans esmentades.

En conseqüència, aquest Tribunal és del parer que l'acte impugnat és objecte de el recurs d'acord amb l'article 44 de la LCSP. Ultra això, com sigui que aquesta decisió es va adoptar juntament amb l'adjudicació dels altres lots del contracte, la interposició del recurs produeix *ope legis* l'efecte de suspendre automàticament l'acte d'adjudicació, d'acord amb el que preveuen els articles 53 de la LCSP i 21.3 del RD 814/2015, sense que calgui cap pronunciament exprés per part d'aquest Tribunal.

QUART. El Tribunal aprecia en la part recurrent drets i interessos afectats per l'acte impugnat i, per tant, la necessària legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013. La seva representació també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP.

CINQUÈ. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix amb els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

SISÈ. Abans d'entrar en el fons de l'assumpte, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar, una vegada més, que la seva funció no és fiscalitzadora, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació. La funció d'aquest Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 302/2022, 35/2021, 246/2020, 222/2020, 364/2019, 355/2019, 342/2019, 310/2019, 303/2019, 270/2019, 260/2019, 240/2019, 202/2019, 174/2019, 166/2019, 162/2019 d'aquest Tribunal; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne*

d'intèrims/Comissió, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea -TGUE- de 24 de febrer de 2000, *ADT Projekt/Comissió*, T145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, apartat 193).

Així, d'existir vicis o incompliments en l'acte impugnat, aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació i els seus òrgans d'assistència i assessorament, que són els competents per dictar els actes i informes corresponents en el decurs del procediment de contractació (per totes, en supòsits substancialment idèntics al present, resolucions 15/2018 i 10/2018). Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Precisament, en aquest àmbit, cal partir del fet que els òrgans tècnics de valoració de les ofertes disposen d'una discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no és controlable des del punt de vist jurídic. Això afecta al que la jurisprudència ha vingut denominant com el "nucli material de la decisió" (entre d'altres, les resolucions 225/2020, 35/2020, 26/2020, 2/2020, 361/2019, 91/2018, 58/2018, 106/2017, 91/2017, 27/2016, 123/2015, 122/2015 i 88/2015).

Ara bé, això no significa que aquestes qüestions de caràcter tècnic restin fora del control de legalitat ni que la discrecionalitat tècnica de l'administració sigui absoluta. En aquests casos, la funció revisora del Tribunal queda circumscrita als aspectes formals de la valoració tals com les normes de competència o de procediment, de compliment de la normativa i els plecs que regeixen la licitació i de motivació dels actes per tal de dilucidar si hi concorre arbitrietat, discriminació, manca de força en les argumentacions o error patent d'apreciació (a més de les ja citades, resolucions 182/2017, 6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016 i 82/2016, que incorporen alhora jurisprudència europea i doctrina d'altres tribunals de recursos contractuals). Per tant, si bé la discrecionalitat tècnica no és absoluta i podrà ser controlada, correspon a qui pretén corregir-la, en aquest cas, la part recurrent, provar de forma clara i evident que efectivament les conclusions de la valoració tècnica han estat arbitràries o errònies.

Fora d'aquests límits, el Tribunal ha de respectar els resultats de la valoració atès que en cap cas és possible la substitució del judici tècnic de qui valora els diferents criteris d'adjudicació pel criteri de la part recurrent o el d'aquest Tribunal (en aquest sentit, les resolucions 91/2018, 58/2018 i 145/2015 del Tribunal).

En l'exercici d'aquesta funció revisora, el Tribunal ha d'estar a allò constatat per l'òrgan de contractació atès que els actes dels poders adjudicadors disposen de la presumpció de validesa, certesa, encert i legalitat, tret de prova en contra, com ha indicat aquest Tribunal en nombroses resolucions (per totes, les resolucions 59/2021, 50/2021, 21/2021, 406/2020, 135/2020, 160/2018, 118/2018, 102/2018, 74/2018, 186/2017, 161/2017, 153/2017 i 152/2017 del Tribunal). En aquesta mateixa línia, la Sentència de l'Audiència Nacional de 30 de maig de 2013 (Roj. SAN 2420/2013) va afirmar que:

“(...) a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimiento “ad hoc” del tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente del perito de parte.”

En aquest sentit, és indiscutible també el valor dels informes tècnics emesos en el marc del procediment, que serveixen de base de motivació a l'òrgan resolutori (per totes, resolucions 520/2017, 448/2016 i 456/2015 del TACRC). D'igual manera s'ha pronunciat reiteradament el Tribunal, establint, entre moltes altres, en la Resolució núm. 170/2017, que:

“En efecte, seguint la doctrina imperant i, tal com aquest Tribunal ha assentat en nombroses resolucions (entre d'altres, Resolucions núm. 47/2013, 132/2013, 133/2013, 141/2013, 78/2014 i 125/2014, que recullen la doctrina fixada en resolucions anteriors), l'administració disposa d'un cert nivell de discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no són controlables des del punt de vista jurídic. Això no significa que, en els assumptes de caràcter tècnic, aquest Tribunal no pugui comprovar si en l'apreciació i valoració d'aquests extrems s'ha actuat amb discriminació entre els licitadors, s'ha incorregut en un error patent o que s'hagi pogut produir cap infracció legal en el compliment dels requisits i tràmits del procediment per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes i concloure la inviabilitat de l'oferta analitzada. Si no hi ha cap indicatiu d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions, l'anàlisi tècnica s'emmarca dins de la discrecionalitat de l'administració i aquest Tribunal no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, l'apreciació de la inviabilitat de l'oferta estigui motivada i resulti racional i raonable. Aquesta és la voluntat del legislador per confrontar les opinions de les parts i evitar una possible arbitrarietat en l'actuació de l'administració mitjançant el seu control jurisdiccional.”

Al seu torn, en tractar-se la qüestió de fons d'un supòsit d'apreciació de les característiques de les ofertes licitadores per a ser valorades d'acord amb els criteris d'adjudicació establerts

en els plecs, cal tenir en compte que hi juga també el factor de la potestat d'interpretació dels plecs, que correspon a l'òrgan de contractació, la qual resta sotmesa al control dels tribunals en la mesura que s'hi adverteixi error, obscuritat o contradicció amb l'objecte i finalitat del contracte (entre d'altres, resolucions 317/2021, 218/2018, 4/2018, 170/2017, 168/2017, 24/2017, 78/2016, 211/2015 i 115/2015).

Adicionalment, i a propòsit de les al·legacions suscitades pel recurs en ordre a què es rebutgin les ofertes d'altres empreses licitadores i aquestes resultin excloses del procediment, cal recordar que és doctrina reiterada aquella segons la qual resulta procedent l'exclusió d'una oferta quan presenti un incompliment exprés, clar i palmari de les clàusules dels plecs, de manera que no hi hagi cap mena de dubte que l'oferta és incongruent o s'hi oposa obertament (per totes, les resolucions 54/2017, 32/2016, 185/2015 i 20/2014 d'aquest Tribunal, i 480/2018 del TACRC).

Així, les exigències dels plecs han de ser interpretades de manera que no suposin obstacles injustificats als principis generals que guien la contractació pública recollits a l'article 1 de la LCSP. En aquest mateix sentit es pronuncia l'article 132 de la LCSP quan exigeix que els òrgans de contractació han de donar als candidats i licitadors un tractament igualitari i no discriminatori i han d'ajustar la seva actuació al principi de transparència.

Per tant, no qualsevol incompliment ha de suposar automàticament l'exclusió, sinó que ha d'encabir-se en alguna de les causes recollides en la normativa, han d'interpretar-se d'acord amb els principis d'igualtat i concurrència, i sempre ha de suposar la impossibilitat de l'adequada execució de l'objecte del contracte (a més de les ja citades, resolucions 302/2022, 21/2021, 107/2018 i 51/2018 del Tribunal i 898/2016, 815/2014 i 613/2014 del TACRC).

SETÈ. Entrant en l'anàlisi dels aspectes de fons, cal indicar que si bé l'empresa recurrent se centra a defensar el compliment per part la seva oferta al requeriment del PPT relatiu al *volum d'infusió mínim de 185 ml/mm minut*, pel que no entén les raons per les quals es va "anul·lar" la licitació d'aquest lot; l'òrgan de contractació afirma que pròpiament, es va desistir d'aquest lot, sense entrar a entrar a informar sobre les qüestions tècniques al·legades per la part actora.

Al respecte, i per intentar conèixer el motiu que va determinar la no continuació de la licitació d'aquest lot, consta en l'expedient l'informe emès el 30 de setembre de 2021 (document núm. 19):

**INFORME TÈCNIC PER A L'ANUL·LACIÓ DELS LOTS CO24 I CO60 DE
L'EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓ NÚM. 21SM0005P (OXIGENOTERÀPIA,
CONNEXIONS, CIRCUITS I TUBULADURES)**

En relació a la valoració realitzada de les ofertes tècniques presentades en el procediment d'**Oxigenoteràpia, connexions, circuits i tubuladures**, amb número d'expedient **21SM0005P**.

En data 16 de setembre de 2021 rebem, per part de l'empresa B. Braun Medical SA, al·legacions a la proposta d'adjudicació realitzada per als lots CO24 i CO60 de l'expedient de contractació referenciat, tot indicant que cap de les empreses licitadores valorades a l'informe tècnic compleixen amb la totalitat dels requisits sol·licitats en el plec de prescripcions tècniques per aquests dos lots.

 S'ha constatat, arran d'aquestes al·legacions, que efectivament hi ha licitadors que no compleixen amb els requisits obligatoris del PPT i, per tant, l'informe tècnic no era correcte i s'hauria d'haver contemplat l'exclusió d'aquests licitadors.

Per això, i com que ara en aquesta fase del procediment ja estan obertes les ofertes econòmiques i no seria adient tornar a valorar les proposicions rebudes, es proposa l'ANUL·LACIÓ d'aquests dos lots i la seva nova licitació futura un cop es modifiquin els requeriments del PPT que sigui necessari.

Aquest informe, juntament amb les al·legacions de BRAUN de 16 de setembre de 2021 posant en coneixement de l'òrgan de contractació d'aquest pretès incompliment, queda annexat a l'acta de la mesa de contractació d'1 d'octubre de 2021 (document núm. 19), en què es va acordar:

Primer.- Acceptar la proposta continguda en l'informe emès en data 30 de setembre de 2021 per la cap de compres de CCSPT que sol·licita l'anul·lació dels lots CO60 i CO24 per haver-se posat de manifest l'existència d'un error en la valoració tècnica de compliment dels requisits mínim d'algunes de les ofertes en concurrència en aquests lots i donat que ja s'ha produït l'obertura dels sobres corresponents al criteris de valoració automàtica, en conseqüència

Segon- Proposar a l'òrgan de contractació la modificació de la de proposta d'adjudicació del contracte de subministrament de **OXIGENOTERÀPIA, CONNEXIONS, CIRCUITS I TUBULADURES**, en relació als lots CO60 i CO24 tal i com es detalla a continuació:

<u>LOT</u>	<u>LICITADOR</u>	<u>ENTITAT</u>	<u>EXERCICIS</u>	<u>IMPORT (IVA exclòs)</u>
CO60	LOT ANUL·LAT			
CO24	LOT ANUL·LAT			

L'esmentada proposta d'adjudicació ve motivada, a criteri de la Mesa, tal i com consta detallat i valorat en els informes que s'han emès en aquest sentit.

Tercer.- Elevar a l'Òrgan de Contractació la proposta d'adjudicació en els termes proposats en l'acord segon, amb trasllat de tota la documentació de l'expedient.

Al respecte, i quant al ball del tipus de decisió adoptada per l'òrgan de contractació "anul·lació" *versus* "desistiment" val a dir, en primer lloc, a nivell general, el següent:

- No consta exactament el motiu concret del pretès incompliment que va avocar a la decisió d'"anul·lar" la licitació del codi controvertit, doncs l'informe de 30 de setembre de 2021 parla en general d'*incompliments* -tampoc determina les empreses licitadores- i dels motius al·legats per BRAUN; però cal emfatitzar que, en tot cas, correspon als òrgans de contractació identificar, indicar i motivar els pretesos incompliments, sense que sigui indicatiu suficient per qüestionar una oferta, la informació que existeix en els llocs webs.
- Abans d'excloure una empresa licitadora, s'ha d'intentar verificar i comprovar la magnitud de l'incompliment, fins i tot, podria ser objecte d'aclariment d'aquesta qüestió concreta. En aquest sentit, l'empresa recurrent fa esment a la possibilitat de realitzar una conversió d'unitats de la quantitat que va indicar a l'oferta del volum d'infusió mínim, extrem que ni tan sols és tractat per l'òrgan de contractació en l'informe ex article 56 de la LCSP. L'aclariment al que fan al·lusió l'òrgan de contractació i ICU no va ser pròpiament tal, sinó una consulta per part del CONSORCI via correu electrònic ordinari per saber on estava la indicació del volum d'infusió en l'oferta de la recurrent (tal i com es comprova de la documentació aportada per la part actora).

- No es pot anul·lar –ni desistir- d'un procediment si hi ha alguna altra empresa que compleixi amb els plecs, extrem que tampoc quedar clar en l'expedient (en aquest sentit, Resolució núm. 39/2022).
- El fet que ja s'hagués procedit a la valoració i obertura del sobre C, i tot i que l'òrgan de contractació afirma que aquest extrem del volum està lligat als criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor, en principi no hauria d'impedir a l'òrgan de contractació alterar el seu judici i excloure a un empresa que no compleixi amb el PPT, tret que sigui fruit d'una incorrecta redacció dels plecs.

En segon lloc, com sigui que res d'això queda tractat per l'òrgan de contractació a l'informe ex article 56 de la LCSP, perquè es focalitza en la procedència del desistiment de la licitació, a més del que s'ha assenyalat, cal afegir des de l'òptica de la procedència del desistiment, que continuen les imprecisions fàctiques i jurídiques quant al motiu concret que justifiqués la decisió ex article 152 de la LCSP. En efecte, per a poder desistir d'un procediment de licitació, a més que s'ha d'interpretar de manera restrictiva, no és suficient al·legar qualsevol il·legalitat o defecte de tramitació, sinó que les irregularitats han de ser constitutives d'un vici de nul·litat de ple dret o d'anul·labilitat, que impedeixin continuar el procediment o que comportin una valoració de les ofertes contrària als principis rectors de la contractació pública, i que quedin degudament motivades (per totes, la recent Resolució núm. 278/2022 i tota la doctrina i jurisprudència que cita). I, a més que en aquesta licitació, no queda constància de la concurrència d'aquests requisits, quedant palesa la vaguetat de l'abast d'aquell "incompliment" –no determinat-, i amb això, de la decisió de l'òrgan de contractació en indicar que: *"s'ha produït una definició incorrecta de les prescripcions mínimes, o bé una valoració incorrecta del seu compliment per part de les ofertes presentades"*, col·locant a l'empresa recurrent en una situació d'indefensió, i vulnerant el principi de bona administració que ha de guiar la tramitació de les licitacions públiques (en aquesta línia s'ha situat el TJUE en la Sentència de 16 de gener de 2019, assumpte *United Parcel Service c/Comissió*, C-265/17 P, i resolucions del Tribunal 239/2021, 136/2021, i 66/2021, per totes).

D'acord amb l'anterior, cal estimar parcialment el recurs en el sentit d'anul·lar la decisió d'anul·lació –o desistiment- de l'òrgan de contractació, per tal que l'òrgan de contractació atorgui un termini d'aclariments de l'extrem controvertit per tal que pugui verificar les dades indicades en l'oferta per ICU –tot observant els límits dels aclariments, per totes resolucions 163/2020, i 300/2019-, de manera que si arriba a justificar i explicar el compliment del PPT, sigui admesa l'empresa recurrent; en cas contrari, se l'exclouï i es continuï, si escau, amb el

procediment; en cas contrari, (ii) si concorre una infracció de l'ordenament jurídic i així es motiva, que actuï d'acord amb l'article 152 de la LCSP.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

- 1.- Estimar parcialment el recurs especial recurs especial en matèria de contractació presentat per R.d.A.d.F., en nom i representació de l'empresa ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Y HOSPITALARIOS, SL contra la resolució d'anul·lació del lot CO06 de la licitació relativa al contracte de subministrament del material d'oxinoteràpia, connexions circuits i tubuladores, licitat pel CONSORCI CORPORACIÓ SANITÀRIA PARC TAULÍ HOSPITAL UNIVERSITARI (expedient 21SM00005P), en el sentit exposat en els fonaments de dret.
- 2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 53 de la LCSP, a l'empara del que disposa l'article 57.3 del mateix cos legal.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Indicar a l'òrgan de contractació que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, ha de donar coneixement a aquest Tribunal de les actuacions que adopti per complir aquesta Resolució.
- 5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 30 de novembre 2022.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Carme Lucena Cayuela
Presidenta