

Recurso 103/2016**Resolución 164/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 14 de julio de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra la Resolución, de 20 de abril de 2016, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “*Suministro de medicamentos utilizados en los centros integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Granada*”, respecto a los Lotes 45, 214, 239 y 240 (Expte. 350/2015, 15C88230028), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El procedimiento de licitación se convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 25 de julio de 2015 y en el Boletín Oficial del Estado número 181 de 30 de julio de 2015. Asimismo, el anuncio fue publicado en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía con fecha 27 de julio de 2015.



El valor estimado del contrato asciende a 167.341.715,22 euros.

SEGUNDO. A la licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento de adjudicación del contrato se encontraba la recurrente, que fue admitida a la licitación tras el examen de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

CUARTO. El 20 de abril de 2016, la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Granada resuelve la adjudicación del contrato mencionado. En concreto, el lote 45 es adjudicado a la entidad BAXTER, S.L. (en adelante, BAXTER) y los lotes 214, 239 y 240 a la entidad B.BRAUN MEDICAL, S.A. (en adelante, B.BRAUN)

QUINTO. El 20 de mayo de 2016 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por FRESENIUS KABI ESPAÑA S.A.U. (en adelante, FRESENIUS) contra la mencionada resolución de adjudicación del contrato respecto a los lotes 45, 214, 239 y 240.

SEXTO. El 23 de mayo de 2016, la Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe relativo al recurso presentado y un listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de



notificaciones. El mencionado requerimiento fue reiterado el 30 de mayo de 2016, teniendo entrada la documentación solicitada en el Registro de este Tribunal el 16 de junio de 2016.

SÉPTIMO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 21 de junio de 2016, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado las entidades BAXTER y B.BRAUN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 167.341.715,22 euros, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto impugnado



es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto examinado, la notificación de la adjudicación fue remitida a la recurrente el 3 de mayo de 2016 y el recurso fue presentado el día 20 de mayo de 2016 en el Registro de este Tribunal, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en su escrito de recurso varias pretensiones, a saber, que se anule la adjudicación de los lotes 45, 214, 239 y 240, que se retrotraiga el procedimiento respecto al lote 45 a efectos de que pueda presentar oferta, que se anule la previsión del pliego relativa a la admisión de variantes por no estar definidos los criterios para su valoración y que se excluya a B.BRAUN de la licitación a los lotes 214, 239 y 240 por ofertar presentaciones que no pueden ser admitidas como variantes.

Las pretensiones expuestas descansan sobre una serie de motivos que se expondrán en este y los siguientes fundamentos de derecho.



En primer lugar, la recurrente solicita la nulidad de la adjudicación de los lotes 214 y 240, en la medida que la adjudicataria de los mismos (B.BRAUN) ha presentado en dichos lotes variantes no previstas en los pliegos.

FRESENIUS argumenta que el apartado 6.2 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) solo admite variantes en tres concretos aspectos (material o forma de envase y sus accesorios, material de acondicionamiento y composición o características fármaco-técnicas del producto) habiendo infringido B.BRAUN estos límites del pliego al presentar varias ofertas en cada uno de aquellos lotes atendiendo exclusivamente al volumen de la presentación (100 ml, 250 ml), que no es una variante admitida.

En tal sentido, esgrime que B.BRAUN presentó al lote 214 cuatro ofertas correspondientes al producto *Nutriflex* en presentaciones de 625 ml, 1250 ml, 1875 ml y 2500 ml y para el lote 240 presentó tres ofertas correspondientes al producto *Lipoplus* en sus presentaciones de 100 ml, 250 ml y 500 ml, respectivamente.

Al hilo de lo anterior manifiesta que aunque el pliego prevé los elementos y condiciones en base a los cuales pueden presentarse variantes, no detalla cómo han de ser valoradas las mismas, por lo que tal previsión de variantes debería ser anulada en su integridad.

En tal sentido, alega que las condiciones del procedimiento de licitación deben quedar reflejadas en los pliegos de forma clara a fin de no llevar a error a los licitadores y de no generar discriminación entre ellos. Y a su juicio, las estipulaciones del pliego revisten ambigüedad puesto que unos licitadores han entendido que podían presentar varias ofertas a un mismo lote haciendo una interpretación laxa del pliego respecto a las variantes, mientras que otros han efectuado una interpretación más estricta presentando solo una oferta base.



Frente a este alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso señalando que el PCAP admite variantes respecto a la composición o características fármaco-técnicas de los medicamentos, siendo así que la presentación de distintos volúmenes se considera una modificación de la composición. Además, para evitar confusiones, tal cuestión se aclaró en la reunión informativa previa celebrada con los licitadores interesados antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, que fue publicada en la web de la Plataforma Logística Sanitaria de Granada y donde se admitieron distintos volúmenes.

Finalmente, B.BRAUN manifiesta que FRESENIUS alega oscuridad en el procedimiento cuando dicha empresa es conocedora de las condiciones de la licitación y de la posibilidad de presentar variantes. Por ello, concluye que desconoce la razón por la que la recurrente, al realizar su oferta a los lotes 214, 239 y 240, no presentó todos los volúmenes que comercializa, sino solo uno que además era el más elevado.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión planteada en este primer motivo donde la recurrente, además de solicitar la anulación de la adjudicación de los lotes 214 y 240 por haber presentado la entidad adjudicataria variantes no previstas en los pliegos, insta la nulidad de la cláusula del pliego relativa a las variantes al entender que su ambigüedad ha inducido a error a los licitadores y ha provocado distintas interpretaciones en cuanto a la posibilidad de su presentación.

En el análisis de este alegato hemos de partir de la descripción de los lotes 214 y 240 en los pliegos que rigen la licitación y del contenido de la reunión informativa que se mantuvo con los licitadores respecto a estos dos lotes concretos.



El Anexo al cuadro resumen del PCAP detalla los 457 lotes en que se divide el objeto del contrato, describiendo los lotes 214 y 240 del modo siguiente:

- 1 Lote 214: <<Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral>>
- 2 Lote 240: << Aceite soja purificado 6g/ triglicéridos de cadena media 6g/aceite de pescado 3g – parenteral>>

Asimismo, en una nota aclaratoria al pliego de prescripciones técnicas (PPT) publicada en el perfil de contratante junto con los pliegos que rigen la licitación, se señala que << A efectos de los lotes del expediente que se especifican, se deberán considerar como prescripciones técnicas, además de las contenidas en la propia denominación de los medicamentos que aparecen en el archivo Documento Anexo Lotes denominado “Anexo al Cuadro Resumen”, las siguientes **características adicionales** (...)>> y a continuación se especifican características técnicas adicionales para determinados lotes de la contratación, entre los que no se encuentran los aquí impugnados (lotes 214 y 240).

Por otro lado, el Anexo C al cuadro resumen del PCAP prevé una reunión con los licitadores, antes de la finalización del plazo de presentación de las ofertas, dirigida a informar a los asistentes sobre elementos y aspectos relevantes de la licitación y a aclarar extremos solicitados por aquellos, de la que se levantará acta y que será objeto de adecuada publicidad para garantizar la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.

La citada reunión informativa se celebró el 5 de agosto de 2015, levantándose acta de la misma donde consta la asistencia de dos representantes de la empresa recurrente. Entre las respuestas a las aclaraciones solicitadas por los licitadores, el acta de la reunión señala lo siguiente: << 10º) Por último, se facilitan



descripciones con **características adicionales** de determinados lotes del expediente relacionados a continuación:

LOTE 45 (...)

LOTE 130 (...)

LOTE 131 (...)

LOTE 136 (...)

LOTE 214

- Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad: **1477**.
- Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad:**1970**.
- Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad:**2463**.
- Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad:**986**.

LOTE 239 (...)

LOTE 240

Aceite soja purificado 6g/ triglicéridos de cadena media 6g/aceite de pescado 3g – parenteral – Capacidad: 100; forma farmacéutica: vial.

Aceite soja purificado 6g/ triglicéridos de cadena media 6g/aceite de pescado 3g – parenteral – Capacidad: 250; forma farmacéutica: vial.



Aceite soja purificado 6g/ triglicéridos de cadena media 6g/aceite de pescado 3g – parenteral – Capacidad: 500; forma farmacéutica: inyectable perfusión.

Aceite soja purificado 6g/ triglicéridos de cadena media 6g/aceite de pescado 3g – parenteral – Capacidad: 500; forma farmacéutica: inyectable perfusión(...)>>.

Pues bien, tras la exposición de estos antecedentes, se ha de dar la razón a la recurrente cuando esgrime que debe anularse la adjudicación de los lotes 214 y 240 en la medida que la adjudicataria ha ofertado en los mismos varias presentaciones con distintos volúmenes. No obstante, el fundamento de tal estimación no está -como alega FRESENIUS- en que el volumen o capacidad del medicamento no sea una variante admitida en la cláusula 6.2 del cuadro resumen del PCAP <<Se admitirán variantes que puedan suponer modificaciones en el material y en la forma del envase y sus accesorios, en el material de acondicionamiento y en la composición o características farmacotécnicas de los medicamentos, siempre que de estas no resulte una modificación sustancial en las propiedades del mismo>>, sino en que tal y como se pretende aclarar en la reunión informativa de 5 de agosto de 2015, las referencias a los distintos volúmenes de los medicamentos descritos en los lotes 214 y 240 se configuran como características técnicas adicionales de estos, es decir, como especificaciones técnicas de los productos y no como variantes.

Sobre la base de lo expuesto, y aun admitiendo que la cláusula 6.2 del cuadro resumen del PCAP acepte variantes sobre el volumen o capacidad del medicamento, lo cierto es que no es esto lo que se recogió en el acta de la reunión informativa, acta que da a entender -como así lo ha hecho la recurrente- que los distintos volúmenes de los medicamentos se refieren a especificaciones técnicas de obligado cumplimiento que imponen a los licitadores la presentación de su oferta – no de variantes- sobre cualquiera de los volúmenes autorizados.



Lo anterior llevaría a estimar la pretensión de FRESENIUS en cuanto a la anulación de la adjudicación de los lotes 214 y 240, al haber presentado la adjudicataria varias ofertas con volúmenes diferentes en cada lote.

Ahora bien, pese a ser esta la pretensión principal de la recurrente respecto a estos dos lotes, también esgrime la nulidad de la cláusula de las variantes por considerar que dicha cláusula no detalla cómo las mismas han de ser valoradas.

Tal pretensión no puede prosperar. El PCAP prevé los elementos y condiciones sobre los que pueden recaer las variantes en consonancia con lo establecido en el artículo 147.2 del TRLCSP -como además reconoce la recurrente-, siendo así que la valoración de las variantes no tiene que venir definida en los pliegos de la licitación como algo específico y diferente a la valoración general de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación; precisamente, las variantes son soluciones técnicas diferentes a la prestación objeto de licitación y que, manteniendo la identidad o reconocibilidad de la prestación originaria, se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los pliegos y que debe ser valorada con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos en aquellos.

No obstante, si bien la nulidad de la licitación respecto a los lotes 214 y 240 no puede residir en la nulidad de la regulación de las variantes contenida en el PCAP como insta la recurrente, sí debe abordarse la nulidad del proceso de licitación respecto de dichos lotes a la vista del contenido del acta de la reunión informativa de 5 de agosto de 2015.

En tal sentido, ya hemos indicado que la descripción de determinados lotes en el PCAP se ha completado con características adicionales, a través de una nota aclaratoria al PPT que ha pasado a formar parte de este pliego y que se ha publicado como anexo al mismo. Por tanto, hemos de entender que este



proceder es correcto pues la definición del objeto de esos lotes se contiene en los pliegos, aunque haya que acudir a diversos anexos de los mismos para conocer su descripción completa.

Pero no es esto lo que acontece con los lotes 214 y 240, cuyas características adicionales no se contemplan en los pliegos que rigen la licitación, sino en una reunión informativa posterior, cuya finalidad -como hemos visto- debía ser solo informar y aclarar dudas, pero no facilitar otras características de los lotes que no figuraban establecidas en su momento en el PCAP y en el PPT. No se olvide que en el acta de la reunión informativa se indica que *“se facilitan descripciones con características adicionales de determinados lotes”* sin mencionar para nada el concepto de variantes, concepto al que acude ahora el órgano de contratación con motivo del recurso interpuesto.

Por tanto, si, como se deduce del tenor literal del acta de la reunión informativa, en la misma se indicaron características técnicas adicionales de determinados lotes, y entre ellos, de los lotes 214 y 240, tal proceder supone una irregularidad grave en la licitación pues se completó el contenido de los pliegos en un momento posterior a su aprobación y publicación, lo que está absolutamente prohibido por mucha publicidad y difusión que haya podido darse al acta de la reunión informativa y aun cuando tal publicidad haya tenido lugar antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas. Así pues, los pliegos, una vez aprobados y publicados, tienen un contenido vinculante para la Administración que solo podrá apartarse del mismo o introducir algún cambio o adición mediante la consiguiente modificación del pliego y su posterior aprobación y publicación con otorgamiento de un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

Así las cosas, deviene nulo el proceso de licitación respecto de los lotes 214 y 240 por infracción de lo dispuesto en el artículo 32 a) del TRLCSP en relación con el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen



Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la modificación del contenido de los pliegos, sin que una reunión informativa con los licitadores pueda llevar a cabo una ampliación del objeto o de las especificaciones o características técnicas de aquellos lotes.

Finalmente, hemos de señalar que si la expresión “*características adicionales de determinados lotes*” que figuraba en el acta de la reunión informativa se refería, en realidad, a posibles “*variantes de determinados lotes*” -como se desprende ahora del informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación-, se ha de concluir que tal reunión, lejos de informar o aclarar, generó confusión, dando lugar a interpretaciones distintas de los licitadores sobre el alcance de aquella expresión que era clave para la adecuada preparación y presentación de las ofertas, sin que además pueda admitirse ahora por vía del recurso la determinación del significado de la citada expresión.

En tal sentido, La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), con cita de otras muchas anteriores -entre ellas la conocida Sentencia *Succhi di Frutta*-, ha declarado que << *El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores.*>>

Asimismo, la nulidad del proceso de licitación respecto de los lotes 214 y 240 subsume la pretensión de anulación de la adjudicación de dichos lotes esgrimida por la recurrente.



SEXTO. El siguiente alegato del recurso afecta también a los lotes 214 y 240, por lo que sería innecesario su examen al haberse declarado la nulidad de la licitación respecto a los mismos en el anterior fundamento. No obstante, se aborda su análisis en la medida que, desde otra perspectiva, tal alegato pone de manifiesto carencias en el proceso de valoración que podrían haberse evitado con una adecuada previsión en los pliegos y sobre todo, a fin de evitar que en una futura licitación puedan reproducirse las anomalías detectadas.

La recurrente aduce que la posibilidad de ofertar la misma presentación con distintos volúmenes a un mismo lote impide que el criterio de evaluación automática de *Valor Neto Unitario* tenga utilidad a efectos de ponderar la oferta más barata.

FRESENIUS alega que, al permitirse que en cada lote se puedan ofertar presentaciones con volúmenes diferentes, no existe proporción en la valoración de las distintas ofertas, y ello es así por cuanto las presentaciones de volúmenes más reducidos serán más baratas que las de mayor volumen, si bien no lo serían si se tomara una única unidad de medida para comparar todas las ofertas.

En concreto, señala que B.BRAUN oferta al lote 214 cuatro presentaciones (volúmenes de 2500 ml, 1875 ml, 1250 ml y 625 ml) a unos precios, respectivamente, de 33 euros, 33 euros, 28 euros y 24 euros, siendo adjudicada de esta última presentación. En cambio, FRESENIUS ofertó una presentación de 1970 ml a un precio de 33,01 euros. Ello supone que la oferta adjudicataria de B.BRAUN para el formato de 625 ml a un precio de 24 euros dé como resultado un precio por mililitro de **0,0384** euros, frente a **0,01675** euros por mililitro de la oferta de FRESENIUS.

La recurrente señala que lo mismo sucede en el lote 240 donde el producto adjudicado de B.BRAUN tiene un precio por mililitro de **0,027 euros**, frente a **0,023** euros por mililitro del producto ofertado por ella.



Por ello, FRESENIUS concluye que su oferta en los lotes 214 y 240 ha obtenido la máxima puntuación técnica (20 puntos frente a los 2 puntos obtenidos por B.BRAUN) y también resulta la económicamente más barata, y aun así ambos lotes son adjudicados a B.BRAUN, lo que resulta incomprensible a la luz del principio de eficiencia en el aprovechamiento de los recursos públicos consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.

En el informe al recurso, el órgano de contratación da la razón a la recurrente en este extremo y manifiesta que es necesario adecuar los precios a los volúmenes presentados, por lo que debe rectificarse la resolución de adjudicación en lo relativo a los lotes 214, 239 y 240.

Finalmente, B.BRAUN, entre sus alegaciones a este motivo del recurso, manifiesta que al igual que FRESENIUS estima que la valoración económica debería haberse efectuado atendiendo al precio por ml, también podrían haberse usado otros factores o ratios de cálculo como el precio por Kilocaloría, precio por gramo de nitrógeno etc, si bien todos ellos serían inadecuados al no ser el procedimiento de cálculo estipulado en los criterios de adjudicación del pliego.

Pues bien, de las alegaciones de la recurrente y del órgano de contratación se puede extraer la conclusión de que, a su juicio, en la valoración de las ofertas económicas a los lotes 214 y 240, no se debió tomar en consideración el precio unitario de las ofertas -que es lo que señala el Anexo A del PCAP al definir la fórmula de valoración de la oferta económica- y que debieron adecuarse los precios ofertados a los volúmenes presentados.

Lo anterior supondría aceptar una modificación en la fórmula de valoración de la oferta económica descrita en el pliego, que resulta del todo inadmisibles pues iría en contra del principio *lex contractus* predicable de los pliegos una vez que los mismos han sido aprobados, publicados y aceptados por los licitadores.



Ahora bien, de las manifestaciones de las partes pudiera derivarse, bien que se ha establecido incorrectamente en el PCAP el precio unitario máximo de los lotes cuestionados -al no haberse fijado atendiendo a una única unidad de medida como podría ser el precio por mililitro-, bien que es inadecuada la fórmula de valoración de la oferta económica señalada en dicho pliego, en la medida que debería haber previsto como parámetro de evaluación el precio ofertado por unidad de medida y haber establecido su modo de cálculo a partir del precio ofertado por el medicamento licitado. En cualquiera de los dos casos se trataría de una falta de previsión o carencia de los pliegos que impide la adecuada valoración de las proposiciones económicas.

En definitiva, si bien no podría estimarse la pretensión de la recurrente -que además reconoce el órgano de contratación-, en la medida que supondría una vulneración del principio *lex contractus* al acoger una forma de valoración de las ofertas económicas distinta a la prevista en el pliego, lo aquí argumentado debe tenerse en cuenta en la nueva licitación que pueda promoverse como consecuencia de la nulidad de la presente licitación, respecto a los lotes 214 y 240, declarada en el anterior fundamento.

SÉPTIMO. La recurrente también articula otros motivos de anulación de la adjudicación que afectan a los lotes 214, 239 y 45. Tales motivos se exponen en el recurso de modo separado atendiendo a cada uno de esos lotes, si bien los mismos se van a analizar de modo conjunto en esta Resolución pues todos ellos tienen un fundamento común, como se irá viendo.

Por un lado, FRESENIUS insta la anulación de la adjudicación de los **lotes 214 y 239** al haberse realizado, en ambos casos, a favor de un medicamento que tiene una presentación no contemplada en los pliegos

En tal sentido, manifiesta que la reunión informativa de 5 de agosto de 2015 previó una clara descripción de los bienes en los lotes mencionados; así, para el



lote 214 señaló que su presentación debía tener alguna de las siguientes capacidades: 986 ml, 1477 ml, 1970 ml ó 2463 ml, si bien el producto adjudicado a B.BRAUN tiene una capacidad de 625 ml, y para el lote 239 se estableció una capacidad de 1000 ml, no obstante lo cual se ha adjudicado a B.BRAUN que oferta un producto con una capacidad de 500 ml.

Esto supone, a juicio de la recurrente, un incumplimiento de los criterios técnicos previstos en los pliegos, toda vez que las aclaraciones sobre capacidades de los productos realizadas en la reunión informativa son criterios técnicos de obligado cumplimiento. Además, esgrime que se le ha originado un perjuicio en ambos casos: en cuanto a la adjudicación del lote 214, porque podría haber presentado su producto en formato de 500 ml de haber sabido que esta presentación resultaría aceptada, y respecto al lote 239, porque disponía del producto en capacidad de 500 ml, de modo que podría haberlo ofertado si así se hubiera dispuesto en los pliegos y se hubiera aclarado en la resolución informativa.

Por otro lado, FRESENIUS también denuncia que en el **lote 45** se adjudica una solución parenteral cuando lo que se solicita en los pliegos es una solución oral.

En tal sentido, manifiesta que la reunión informativa de 5 de agosto de 2015 determinó que la forma farmacéutica en este lote debía ser oral y no parenteral. Por tanto, a su juicio, se ha producido una incongruencia entre lo prescrito en los pliegos y el producto final adjudicado. Además, señala que se le ha originado un perjuicio puesto que podía haber presentado oferta en forma farmacéutica parenteral.

Con base en lo anterior, solicita la anulación de la adjudicación del lote 45 con retroacción del procedimiento a fin de que pueda presentar oferta en el citado lote.



Pues bien, en el examen de estos alegatos hemos de partir del objeto de los tres lotes según el Anexo al cuadro resumen del PCAP, que establece las siguientes descripciones: para el lote **45** <<Lisina 688 MG/Glicina 582 MG/Prolina 573 MG/Alanina 464 MG/Acético ácido 442 MG/Treonina 440 MG/ parenteral>>, para el lote **214** <<Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral>> y para el lote **239**, << Serina 650 MG/Fenilalanina 510 MG/Triptofano 200 MG/Glicina 1,10 G/Histidina 300 MG/Isoleucina 500MG/-Parenteral >>.

Asimismo, el acta de la reunión informativa de 5 de agosto de 2015 establece lo siguiente para los citados lotes: << 10º) Por último, se facilitan descripciones con **características adicionales** de determinados lotes del expediente relacionados a continuación:

LOTE 45

Lisina 688 MG/Glicina 582 MG/Prolina 573 MG/Alanina 464 MG/Acético ácido 442 MG/Treonina 440 MG/ parenteral _forma farmacéutica: solución oral

LOTE 130 (...)

LOTE 131 (...)

LOTE 136 (...)

LOTE 214

- *Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad: **1477**.*
- *Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad:**1970**.*



- *Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad:**2463**.*
- *Glucosa 12,70 g/triglicéridos de cadena media 1,14 g/aceite semilla soja 1,14 g/ serina 330 mg/ potasio cloruro 230 mg/zinc sulfato 660mcg/ parenteral -forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad:**986**.*

LOTE 239

*Serina 650 MG/Fenilalanina 510 MG/Triptofano 200 MG/Glicina 1,10 G/Histidina 300 MG/Isoleucina 500MG/-Parenteral – Forma farmacéutica: inyectable perfusión; capacidad: **1000**>>.*

Pues bien, como ya se ha señalado en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución, en el acta de la reunión informativa se señala, en lo que aquí interesa, que se facilitan descripciones con características adicionales de los lotes 214, 239 y 45. En concreto, en el lote 214 se adicionan cuatro capacidades o volúmenes posibles del medicamento; en el lote 239, se incorpora el volumen del medicamento en capacidad de 1000 ml y en el lote 45 se añade la solución oral como forma farmacéutica.

Estas adiciones suponen incorporar, al producto descrito para cada uno de esos lotes en el Anexo al cuadro resumen del PCAP, especificaciones que no estaban en los pliegos de la licitación, con la lógica consecuencia de que las ofertas presentadas tendrían que ajustarse tanto a la descripción inicial de los medicamentos en el pliego, como a las características expresadas con posterioridad en el acta de la reunión.

Desde esta perspectiva, asiste razón a la recurrente cuando alega que debe anularse la adjudicación de los tres lotes: en concreto, la de los lotes 214 y 239 por haberse adjudicado a medicamentos con una capacidad o volumen distinto al especificado como característica adicional en la reunión informativa y la del



lote 45, al haberse adjudicado a un medicamento que no dispone de solución oral, tal y como se estableció en la citada reunión.

No obstante, como ya se ha puesto de manifiesto en el fundamento de derecho quinto, si se anulara la adjudicación de los lotes anteriores por las razones expuestas, estaríamos admitiendo o aceptando que una reunión informativa con los licitadores puede ampliar y/o concretar el contenido de los lotes que se describe en los pliegos sin tener que modificar estos, rompiendo de esa forma con el principio de igualdad de trato que solo mediante la publicidad de los pliegos y sus modificaciones queda asegurado.

Tal proceder resulta inadmisibile a todas luces y vicia de nulidad el procedimiento de licitación respecto de los lotes aquí analizados, por haberse infringido lo dispuesto en el artículo 32 a) del TRLCSP en relación con el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la modificación del contenido de los pliegos.

Asimismo, hemos de indicar que el hecho de que la reunión informativa haya facilitado características adicionales de estos lotes ha contribuido a generar confusión en la licitación. No se olvide que, como se ha visto en el fundamento de derecho quinto, el PCAP admite variantes sobre determinados aspectos o elementos de los medicamentos y mientras unos licitadores -como los adjudicatarios de los lotes cuestionados- han entendido que aquella expresión se refería a variantes posibles de los medicamentos, otros como la recurrente han interpretado que se trataba de especificaciones técnicas de obligado cumplimiento. Y estos distintos criterios o interpretaciones sobre un mismo aspecto de la licitación es algo que prohíbe la jurisprudencia comunitaria, en la medida que colocan en posición de desigualdad a los licitadores a la hora de preparar sus ofertas, como ha ocurrido en el supuesto examinado. Así el



Tribunal de Justicia ha declarado que todos los términos y condiciones del procedimiento de adjudicación deben redactarse clara, precisa e inequívocamente en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencias de 29 de abril de 2004, Comisión / CAS Succhi di Frutta, entre otras)

Finalmente, hemos de indicar que la nulidad aquí declarada es congruente con una de las pretensiones formuladas en el recurso, donde FRESENIUS va más allá de la mera anulación de la resolución de adjudicación de los lotes 45, 214, 239 y 240 y solicita la nulidad de los pliegos y de toda la licitación. Y tal congruencia existe aun cuando la apreciación de la nulidad del proceso licitatorio resida en causas distintas a las expuestas en el escrito de impugnación.

En consecuencia, conforme se ha argumentado, procede declarar la nulidad de la licitación de los cuatro lotes afectados por el recurso (45, 214, 239 y 240), debiendo convocarse en su caso una nueva licitación de los mismos en la que se tenga en cuenta lo señalado en los fundamentos de derecho quinto, sexto y séptimo de esta Resolución.

OCTAVO. En el último motivo del recurso que resta por analizar, FRESENIUS alega falta de motivación en la resolución de adjudicación porque no contiene las razones que justifican la puntuación otorgada a las ofertas con arreglo a criterios de adjudicación de evaluación no automática. No obstante, tras la nulidad de la licitación de los lotes declarada en los fundamentos anteriores, deviene ya innecesario el examen de este motivo.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FRESENIUS KABI ESPAÑA, S.A.U.** contra la Resolución, de 20 de abril de 2016, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, por la que se adjudica el contrato denominado “*Suministro de medicamentos utilizados en los centros integrantes de la Plataforma Logística Sanitaria de Granada*”, respecto a los Lotes 45, 214, 239 y 240 (Expte. 350/2015, 15C88230028) y en consecuencia, declarar la nulidad de la licitación respecto a los citados lotes debiendo, en su caso, promoverse una nueva licitación de los mismos.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

