

Recurso nº 577/2021**Resolución nº 4/2022**

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 13 de enero de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Abbott Laboratories, S.A., contra su exclusión de diversos lotes del procedimiento del Acuerdo marco para la adquisición centralizada de 56 lotes de productos dietoterápicos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud y Centros Sociosanitarios de la Comunidad de Madrid, Número de expediente: AM.PA.SUM 05/2021, este Tribunal ha acordado,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 13 de septiembre de 2021, se publicó el anuncio de licitación del Acuerdo Marco en el Portal de la contratación pública de la Comunidad de Madrid y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. Se trata de un contrato de suministro con valor estimado de 29.961.441,70 euros.

Segundo.- El 17 de diciembre de 2021, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación en representación de la entidad citada, que estando excluida de los lotes 9, 13, 15, 25, 35, 37, 41, 43 y 53, impugna su exclusión de los números 9, 25, 37 y 53 y simultáneamente la no aceptación de la sustitución de los productos ofertados a los 9 y 37 *“ENSURE PLUS ADVANCE RTH (CN 504893)”* por el

producto “*ENSURE PLUS ADVANCE RTH (CN 505208)*”. El 9 y 37 no serían excluibles por proceder la sustitución. Y el 37 y 53 porque cumplieran con las prescripciones técnicas, en definitiva se insta que anulando la exclusión se ordene la retroacción de actuaciones al momento anterior a la admisión de ofertas a fin de que (i) se acuerde la procedencia de la sustitución del producto ofertado a los Lotes 9 y 37 “*ENSURE PLUS ADVANCE RTH (CN 504893)*” por el producto “*ENSURE PLUS ADVANCE RTH (CN 505208)*”, continuándose la tramitación del procedimiento con el producto sustituto; y (ii) se admita la oferta presentada a los Lotes 25 y 53 por cumplir el producto ofertado las especificaciones técnicas, continuándose el procedimiento de licitación para la adjudicación del acuerdo marco según sus cauces.

Tercero.- En fecha 28 de diciembre de 2021, se recibe el informe y el expediente del órgano de contratación conforme al artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurrente se encuentra legitimado para interponer el recurso como licitador excluido, a tenor del artículo 48 de la LCSP “*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. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso en plazo conforme al artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- La actuación es recurrible conforme a los artículos 44.1.a) y 44.2. b) de la LCSP.

Quinto.- El primer motivo del recurso afirma que se le ha negado indebidamente la sustitución del producto ofertado a los lotes 9 y 37, en los que había sido excluido.

Aduce que la Ley y el Pliego permiten la su sustitución de los productos adjudicados.

Así, el artículo 222 de la LCSP establece la posibilidad de que sustituir el bien adjudicado por otro nuevo que sea fruto de la evolución o innovación, mejore las prestaciones o características e, incluso, incluir nuevos productos 9 adicionales cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la presentación de las ofertas. Así reza el precepto:

“2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite. Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurran motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se

haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite que se establece en el párrafo anterior”.

Esta posibilidad de sustitución se traslada al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que en el apartado 11 de la cláusula primera señala:

“Las empresas adjudicatarias deberán aplicar los cambios normativos y de seguridad que se produzcan durante la vigencia del acuerdo marco, respetando los tiempos establecidos para la aplicación de las mismas.

- **Sustituciones;** *No obstante, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del contratista, o a instancia de éste, podrá proponer la sustitución de los bienes adjudicados o similares al mismo, cuando concurren motivos de interés público o que incorporen avances o innovaciones técnicas/tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas. En ningún caso el precio máximo autorizado podrá ser superior al adjudicado.*

- **Inclusión de nuevos productos:** *El órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas. En ningún caso el precio máximo autorizado podrá ser superior al adjudicado”.*

Argumenta que si esa sustitución se permite por la Ley, los pliegos y los Tribunales una vez adjudicado el acuerdo marco (esto es, una vez que se conocen y han valorado los productos y, especialmente, se ha valorado y puntuado la oferta económica) con mayor razón debe admitirse si ese cambio innovativo y la comercialización se produce en un momento anterior, pues (i) se aumentan exponencialmente las garantías de idoneidad del producto, ya que el sustituto será sometido a los informes técnicos de valoración de ofertas y cumplimientos técnicos

previstos en los pliegos; (ii) el producto sustituto competirá en igualdad de condiciones con el resto de licitadores del acuerdo marco; (iii) el precio del producto corresponderá con el precio ofertado y adjudicado, sin que sea necesario acudir a los márgenes de variación fijados en la Ley y/o pliegos, ni intentar compensaciones o reequilibrios de la economía contractual a posteriori; y, (iv) sobre todo, permite al resto de licitadores del acuerdo marco actuar en caso de que consideren que el producto sustituto no cumple con las exigencias técnicas o no es válido para satisfacer las necesidades del contrato, mediante la impugnación de la adjudicación (defensa que en caso de sustituirse el producto una vez adjudicado el acuerdo marco no existiría).

Se afirma que la decisión de no admitir la sustitución no está motivada y no es proporcional.

El órgano manifiesta que los pliegos y la Ley refieren a sustituciones posteriores a la adjudicación del contrato, es decir, sustitución de bienes ya adjudicados, y el producto ofertado inició su comercialización con fecha posterior a la presentación de ofertas.

No se puede estimar la pretensión de sustituir los productos en fase de licitación, porque alteraría las condiciones en las que se realiza esta, permitiendo modificar la oferta, soslayando la vinculación positiva de los licitadores a los pliegos, y vulnerando los principios de igualdad y concurrencia. El producto ofertado ni siquiera se encontraba en la cartera del licitador en plazo de licitación. Es un producto distinto con cambios en el etiquetado y composición, que supondría alterar la oferta.

Como ha señalado el Tribunal en varias Resoluciones, entre otras la 223/2016 de 26 de octubre y el también el TACRC en la Resolución 614/2013, de 13 de diciembre, *“la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la*

proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que ‘excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta’”. Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas.

De manera que la subsanación no puede servir de base para modificar las prestaciones esenciales o accesorias, en este caso el producto a suministrar o el tiempo de respuesta, de tal manera que suponga una nueva oferta.

Procede desestimar este motivo.

En segundo lugar, se afirma la improcedente exclusión de Abbott en los lotes 25 y 53: El producto ofertado por Abbott cumple con las exigencias técnicas establecidas en el Pliego Prescripciones Técnicas (PPT) para los Lotes 25 y 53.

Las especificaciones técnicas son:

Lote 25. Fórmula completa polimérica hiperproteica específica para stress metabólico con fibra volumen ≥ 200 ml suministro hospitales:

- Fórmula completa polimérica para adultos específica para stress metabólico.
- Contenido proteico > 18 %.
- Contenido en fibra ≥ 1.4 g/100 ml.
- Presentación: Contenido líquido envase ≥ 200 ml.

Lote 53. Fórmula completa polimérica hiperproteica específica para stress metabólico con fibra volumen ≥ 200 ml suministro centros sociosanitarios:

- Fórmula completa polimérica para adultos específica para stress metabólico.
- Contenido proteico $> 18 \%$.
- Contenido en fibra ≥ 1.4 g/100 ml.
- Presentación: Contenido líquido envase ≥ 200 ml.

Según el órgano de contratación *“el producto PROSURE RTH 500 ml (504856) no cumple con las características de los Lotes 25 y 53, al no cumplir con el requisito número 1, cumplir con los criterios establecidos en el RD 1205/2010 de fórmula específica para stress metabólico (codificados como tipo ESPE y subtipo ESPES2)”*.

Este producto no está incluido dentro de la oferta del Sistema Nacional de Salud como propio para el stress metabólico (RD 1205/2010 “Tipos y subtipos de alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud”).

El recurrente conoce la causa de exclusión, pues manifiesta que la exclusión es desproporcionada: *“si la funcionalidad perseguida es obtener un producto dietético para adultos que tenga un alto contenido de fibra y proteína, y que, además, sea válido para situaciones de estrés metabólico. El producto ofertado cumple con todas y cada una de esas exigencias tanto literal como funcionalmente; y, por ello, si lo pretendido es que el uso del producto sea único y exclusivo para estrés metabólico, sin poder utilizarlo para otras patologías, la decisión e interpretación de los pliegos no sería acorde a derecho ya que estaría creando un obstáculo injustificado a la concurrencia”*.

Estos argumentos no son de recibo, porque precisamente lo que se exige es un producto específico para el stress metabólico, tal como se denominan los lotes, basta con leer. Esta es la interpretación literal de las prescripciones técnicas. Como

el propio recurrente afirma este producto correspondería a las especificaciones de los lotes 9 y 37.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Abbott Laboratories, S.A., contra su exclusión de diversos lotes del procedimiento del Acuerdo marco para la adquisición centralizada de 56 lotes de productos dietoterápicos para los Hospitales del Servicio Madrileño de Salud y Centros Sociosanitarios de la Comunidad de Madrid, Número de expediente: AM.PA.SUM 05/202.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar

desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2022 01 18 10 06

La autenticidad de este documento se puede comprobar mediante el siguiente código seguro de verificación: