TACPA
Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 18/2022

Acuerdo 26/2022, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "LAPHYSAN, S.A.U.", frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Acuerdo Marco de Homologación de Suministro de soluciones intravenosas de gran volumen para instituciones del Servicio Aragonés de Salud. Lotes 1 y 3», promovido por ese Organismo Autónomo del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de junio de 2021 tuvo lugar la publicación, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), del anuncio de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. El mismo anuncio se publicó el día 4 de junio siguiente en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE).

Se trata de un Acuerdo Marco de Homologación de suministros, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, dividido en cinco lotes, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 9 288 598,80 euros.

En los citados anuncios se indicaba que el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 2 de julio de 2021.

Segundo.- En la tramitación del procedimiento, la Mesa de contratación, en su reunión del día 10 de febrero de 2022, acordó, -por lo que a este acuerdo

interesa y haciendo suyo el informe técnico de valoración de los criterios basados en juicios de valor- la exclusión de la proposición a los Lotes 1 y 3 de la mercantil ahora recurrente. Según figura en el acta levantada al efecto, el motivo de su exclusión es: «*Todos los criterios del PPT se cumplen para las distintas empresas a excepción del punto 3.1.8 en el que se indica "El diseño del envase permitirá la transferencia de su contenido sin permanecer cantidades superiores al 1% de residuo en el mismo". Las empresas B. Braun Medical, Fresenius Kabi España SA y Laphysan SAU no lo cumplen para los envases de 50 y 100 ml. Si se cumple en el caso de las empresas Baxter SL y Grifols Movaco SL."*

Por consiguiente, la Mesa acuerda excluir a las empresas Laphysan SAU, B. Braun Medical SA y Fresenius Kabi España SA de los lotes 1 y 3.»

El informe técnico fue publicado en la PCSP el día 11 de febrero siguiente. Y la exclusión le fue notificada a la ahora recurrente el día 1 de marzo de 2022.

Tercero.- El día 3 de marzo de 2022 se recibió en este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.M.G., en nombre y representación de la mercantil "LAPHYSAN, S.A.", frente a la exclusión referida en el antecedente anterior.

El recurso aduce, en síntesis, la disconformidad a Derecho del acto de exclusión por entender que:

a) El incumplimiento de las condiciones técnicas objeto del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) no puede constituir causa de exclusión de un licitador, máxime cuando -según defiende-, ello no se preveía expresamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), que rige el contrato.

b) Cuestiona las pruebas efectuadas por los técnicos que han elaborado el informe técnico y cuyo resultado –no publicado ni documentado- ha dado lugar a su exclusión. Relata en su escrito la solicitud cursada al órgano de contratación a fin de obtener tales pruebas y reitera a este Tribunal –al no haberlas obtenido del citado órgano-, acceso a la documentación correspondiente a las mismas.
c) Por último, aporta dos informes periciales según los cuales, los productos ofertados si cumplen la cláusula 3.1.8 del PPT.

Por lo expuesto, interesa que, con la estimación de su recurso, sea anulada su exclusión y se acuerde la retroacción de actuaciones a fin de que su oferta pueda continuar en el procedimiento de licitación. Asimismo, solicita la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento, hasta la resolución de su recurso.

Cuarto.- Con fecha 4 de marzo de 2022, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente e informe a los que alude el artículo 56.2 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).

El expediente de contratación se recibió el día 10 de marzo siguiente y el informe el día 14 de marzo de 2022.

En su informe, el órgano de contratación se opone a los argumentos del recurso.

Quinto.- El día 4 de marzo de 2022 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió –a través del sistema de notificaciones telemáticas del Gobierno de Aragón– requerimiento de subsanación para

aportación del documento que acreditara la personalidad de la recurrente así como la representación del firmante del escrito de recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Dicho requerimiento fue atendido el día 8 de marzo siguiente.

Sexto.- El día 11 de marzo de 2022, se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Se han recibido alegaciones de la mercantil "GRIFOLS MOVACO, S.A.", oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "LAPHYSAN, S.A.", para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que incumbe a este Tribunal administrativo su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de exclusión de un licitador, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.b de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede entrar a analizar los motivos que se aducen en el mismo en cuanto al fondo. En el escrito de recurso se cuestiona en primer lugar, la exclusión acordada por cuanto, a juicio de la actora, el incumplimiento del PPT no viene recogido en el PCAP como causa de exclusión. Concretamente se expone lo siguiente en el escrito:

«*En consecuencia, con carácter general, el incumplimiento de las condiciones técnicas objeto de los Pliegos de Prescripciones Técnicas no pueden constituir causa de exclusión de un licitador en el procedimiento de contratación, pues estas han de ser verificadas en sede de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio, esto es, antes de su adjudicación en el procedimiento de contratación previo, que dicho incumplimiento se vaya a producir.*

Así, lo establece sin ambages la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 28 de mayo de 2020 (JUR 2020\224352), según la cual "como también recuerda la Resolución 406/2020, con cita de la Resolución 36/2020, de 9 de enero: "salvo que se evidencie de forma clara y patente dicho incumplimiento, la adecuación de las ofertas al PPT es una cuestión que debe valorarse en sede de ejecución del contrato, de modo que si la prestación del adjudicatario incumpliera dicho PPT el efecto sería el incumplimiento total o parcial del contrato, con los efectos previstos en el PCAP", doctrina también asumida por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 7 de febrero de 2022 (JUR 2022\75780), entre muchas otras.

Partiendo de dicha premisa, las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de septiembre de 2015 (JUR

2015\39766) y de 7 de noviembre de 2015 (JUR 2015\40007) establecen que el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas únicamente puede determinar la exclusión de ofertas si existe previsión expresa al respecto en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, o si de la oferta presentada se deduce dicho incumplimiento, sin ningún género duda:

"Por lo demás, debe recordarse que los documentos que rigen la contratación de los entes del sector público están definidos legalmente, estableciendo las características y trámites correspondientes a cada uno de ellos sin que pueda el órgano de contratación introducir en uno elementos propios de otro. Así se ha señalado, por ejemplo, sobre la introducción en el pliego de prescripciones técnicas de elementos definidores del objeto del contrato que deben incluirse en el PCAP, en nuestra Resolución nº 133/2014:

"No se niega que el PPT intente regular el régimen jurídico aplicable a todas las prestaciones, pero resulta contradictorio con el CC y con en el PCAP en la medida en que éstos no dicen nada al respecto.

Además, el objeto del PPT es distinto al del PCAP, y ello no puede considerarse ajustado al dictado del artículo 116 del TRLCSP que establece que el PPT debe contener las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades. Además, debemos recordar que el PPT, a diferencia del PCAP, no requiere el informe previo del servicio jurídico, diferencia que viene dada por el diferente objeto que tiene cada uno de ellos. No siendo el PPT un documento que regula el régimen jurídico aplicable al contrato no se requiere dicho informe jurídico. Obviamente, al introducir el régimen jurídico en el PPT, se está eludiendo este trámite establecido legalmente".

Por lo tanto, para que pueda acordarse la exclusión del licitador del procedimiento resulta necesario que en el PCAP se haya previsto claramente

dicha causa de exclusión o bien que, analizada la oferta presentada, de la misma se deduzca el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la mera suposición o hipótesis de que dicho incumplimiento se vaya a producir".

También la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 22 de mayo (JUR 2016\253122), la cual añade que el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas que pueda deducirse de la oferta presentada debe determinarse al margen de criterios técnicos o subjetivos:

"De esta guisa, y en la fase en que se ha decretado la exclusión, al amparo de la doctrina forjada por este Tribunal, se ha de examinar si, en efecto, la proposición realizada por la ahora recurrente resulta claramente incongruente de forma objetiva o de la misma se deduce, sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos .

Pues bien, el informe aportado por el órgano de contratación, además del complementario emitido el 28 de abril de 2015 por el Jefe de Sección de Electricidad y Alumbrado, mantienen la correcta actuación de la mesa decretando la exclusión de la licitadora por considerar que su proposición no respeta las cláusulas 7.2.2.3 y 6.2.1 del PPT.

A este respecto, sin embargo, debe recordarse igualmente que en diversas Resoluciones, este Tribunal se ha ocupado de distinguir a estos efectos entre el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyo incumplimiento determina la exclusión de la oferta, del pliego de prescripciones técnicas, que, en principio, no puede determinar ab initio tal exclusión, salvo que la propia descripción técnica de la oferta no se ajuste a las características requeridas en

el pliego de prescripciones; cuestión ésta que no se presencia en la proposición presentada por la recurrente.

Así, en la resolución nº 183/2011 (JUR 2011, 441581) señaló: "La regla general que deriva de la legislación de contratos es que los pliegos de prescripciones técnicas regulan los aspectos referidos a la ejecución del contrato, en tanto que el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares es todo lo relativo al procedimiento y forma de adjudicación del mismo. Así por ejemplo, el artículo 100.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (RCL 2007, 1964) se refiere a los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas que hayan de regir la realización de la prestación, mientras que el artículo 134.2 de la misma Ley establece que los criterios que han de servir de base para adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo (en el caso de que se siga el procedimiento del diálogo competitivo). A modo de síntesis podemos decir que el pliego de cláusulas administrativas particulares contiene todo lo que se refiere a la fase de calificación de las ofertas (así por ejemplo los requisitos de capacidad o los criterios de selección), mientras que el pliego de prescripciones técnicas regula la ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato (…) De lo expuesto hasta este momento se puede concluir señalando que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas debe producirse en la fase de ejecución del contrato no pudiendo contenerse en dichos pliegos requisitos que se refieran a la admisión o inadmisión de los licitadores".

Y en resolución nº 250/2013 (JUR 2014, 255931) , " una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato –como sucede con la forma en que se realizarán las tareas de acondicionamiento e instalación a las que ahora nos referimos- sólo puedan exigirse al adjudicatario

del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones . En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012,219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)".

En el presente caso, la entidad de las prescripciones técnicas –cláusulas 7.2.2.3 y 6.2.1- que se trasladan a la fase de ejecución del contrato no pueden servir de base para, ab initio, decretar la exclusión de la oferta presentada por ENDESA INGENIERÍA, S.L.U., lo cual nos conduce a la estimación del recurso anulando la exclusión y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de la evaluación de su oferta en concurrencia con las ya admitidas".

También la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 15 de septiembre de 2016 (JUR 2016\242731), así como el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra de 23 de enero de 2020 (JUR 2020\216768) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) núm. 32/2019 de 18 de enero (RJCA 2019\287):

"Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se expone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento debe ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la

imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamiento técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado ".

En definitiva, el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas no puede determinar la exclusión de un licitador del procedimiento de contratación, salvo que ello se prevea expresamente en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares o ello se deduzca de lo expresado en la oferta presentada sin ningún género duda y al margen de razonamientos o juicios técnicos o subjetivos.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares no establece en ningún caso como causa de exclusión de ofertas el incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas.

A mayor abundamiento, y aun cuando ello no sería conforme a la doctrina de los Tribunales, tampoco el Pliego de Prescripciones técnicas hace referencia a que el eventual incumplimiento de las condiciones técnicas que exige pueda conllevar la exclusión de la oferta.

A los efectos probatorios oportunos se acompaña copia del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (documento nº 3) y del Pliego de Prescripciones Técnicas (documento nº 4).»

A la vista del debate planteado en el presente motivo del recurso, su resolución exige partir de las cláusulas de los pliegos que rigen la licitación objeto del mismo.

Así, en primer lugar, la cláusula 2.2.5.4. del PCAP bajo el título de «*referencias técnicas*», señala lo siguiente:

«Asimismo, el licitador deberá presentar cualesquiera otros documentos que se indiquen expresamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas y que permitan verificar que la oferta cumple con las especificaciones técnicas requeridas, pero que no van a ser objeto de valoración. Se incluirán en el Sobre B en el caso de que sea obligatoria la presentación de este sobre y en caso contrario en el Sobre C.»

Por su parte, el PPT, dentro del apartado 3 relativo a «*criterios de obligado cumplimiento para todos los lotes*», se encuentra la cláusula 3.1.8 del PPT -en cuyo incumplimiento se fundamenta la exclusión- que dispone que *«(e)l diseño del envase permitirá la transferencia de su contenido sin permanecer cantidades superiores al 1% de residuo en el mismo.»*

Y finalmente, la cláusula 4 del PPT señala que:

«4.- PRESENTACIÓN DE MUESTRAS Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LAS MISMAS

Los licitadores deberán presentar ante el Órgano de Contratación, por medio del Servicio de Gestión Económica (Plaza de la Convivencia nº 2, 2ª planta, 50017 Zaragoza), dos muestras de cada medicamento ofertado debidamente etiquetada, indicando en cada una de ellas lo siguiente: Nombre de la empresa, número de expediente y lote al que presentan la muestra. Las muestras presentadas deberán permitir valorar la totalidad de requisitos exigidos.»

Por tanto, a la vista de tales cláusulas es claro que el razonamiento o premisa de la que parte la recurrente para sostener el presente motivo, esto es, que en los pliegos no se prevé como causa de exclusión el incumplimiento de las

prescripciones técnicas es erróneo e incierto, pues de ambos pliegos resulta que las ofertas, deberán cumplir las especificaciones técnicas exigidas, como requisito de admisión, y por lo que no cabe sino desestimar el presente motivo del recurso.

Y no obstante lo cual, cabe indicarle a la recurrente el criterio que a este respecto se ha señalado por el Tribunal Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 382/2021, de 16 de abril, -y que este Tribunal administrativo comparte-, respecto a la inexigibilidad de expresa previsión en los pliegos de la sanción de exclusión, para el caso de incumplimiento de las prescripciones técnicas, donde se indica que:

«Debe partirse del carácter vinculante de los pliegos, tanto del PCAP como del PPT, y del cumplimiento del contenido mínimo exigido en el pliego de prescripciones técnicas, lo que conlleva la necesidad de que las ofertas se ajusten a las especificaciones, tanto técnicas como jurídicas, que se establecen en las prescripciones técnicas y en las cláusulas administrativas, constituyendo ambos lex contractus o lex inter partes, que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (art 139.1 de la LCSP), sino también al órgano de contratación autor de los mismos, vinculando a dicho órgano de contratación en sus actuaciones, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, pues la aceptación de proposiciones que no cumplen las prescripciones técnicas no permiten una comparación en términos de igualdad que determine cuál es la económicamente más ventajosa, en términos de calidad/precio (artículo 145 de la LCSP), pues la diferencia de condiciones técnicas y calidades influyen en la oferta económica y en la desigualdad a la hora de comparación de ofertas. Manifestación de estas premisas, que parten del principio de igualdad y de seguridad jurídica, es la Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), del Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, cuando afirma en su

apartado 78 que "Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)".

En suma, es criterio consolidado por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales el que establece la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el PCAP y en el PPT, documento este último que establece las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta presentada que no observen las especificaciones establecidas por el órgano de contratación. Y es que es exigible que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del pliego de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al pliego de prescripciones técnicas.»

TERCERO.- En segundo lugar, en el escrito de recurso se argumenta que las pruebas realizadas sobre los productos ofertados, no han sido publicadas ni han podido acceder a ellas, reclamando de este Tribunal la documentación correspondiente a las mismas. Asimismo, se afirma, amparándose en dos informes encargados al efecto, que la oferta de la recurrente si cumple los requisitos establecidos en el apartado 3.1.8 del PPT (*«El diseño del envase permitirá la transferencia de su contenido sin permanecer cantidades superiores al 1% de residuo en el mismo.»).*

En cuanto a la primera cuestión, la concerniente a las pruebas realizadas para verificar el cumplimiento de las prescripciones técnicas, se ha comprobado que se dejó constancia de ello en el informe técnico de valoración al que la recurrente ha tenido acceso, sin que obre en el expediente ningún otro informe posterior relativo a las mismas al que pueda darse acceso en el seno de este procedimiento, por lo que no cabe admitir su solicitud de acceso al expediente.

Respecto a la segunda cuestión, el órgano de contratación en su informe defiende el incumplimiento de la oferta de la recurrente de la siguiente manera:

«En primer lugar, la documentación presentada por la recurrente en su oferta admite que no cumple con lo establecido en el apartado 3.1.8 de los pliegos técnicos ya que el volumen residual tras utilizar los productos señala la recurrente es aproximadamente del 5%, superior al 1% establecido.

Se reproduce a continuación lo indicado en la oferta de la recurrente:

“La tecnología Basiflex® contiene un sistema de cierre de polipropileno con dos puntos de conexión independientes.

El material que reviste el tapón está elaborado de polipropileno con un disco interno de goma de polisopreno que no está en contacto con la solución y que

vuelve a cerrarse tras retirar la aguja, impidiendo cualquier riesgo de fuga/contaminación de la solución.

"El sistema innovador de la nueva botella de Basiflex®, hace que sea totalmente colapsable, tras la administración, garantizando:

- *Ausencia de volúmenes residuales: volumen extraíble del envase muy próximo al total > (95%).*

- *El envase es totalmente colapsable independientemente del sistema de administración utilizado (manual/automático,abierto/cerrado).*

- *Volumen de aditivación (Headspace) Basiflex® tiene una mayor capacidad para adicionar fármacos compatibles con la solución. Los volúmenes disponibles de cada envase Basiflex® para adicionar otros medicamentos son"*

De manera que la propia oferta admite que el volumen extraíble del envase es próximo al 95%, que está lejos del 1% de tolerancia que marcan los pliegos, lo cual acredita de que se deduce de lo expresado en la oferta presentada sin ningún género duda y al margen de razonamientos o juicios técnicos o subjetivos, que no se cumple la prescripción técnica indicada en el apartado 3.1.8 de los pliegos técnicos.

A lo anterior cabe añadir que, como se desarrolla más abajo, las comprobaciones realizadas desde los servicios de farmacia de los hospitales acreditan que los porcentajes de volumen residual son superiores en todo caso al 1% establecido en los pliegos técnicos, considerando que en el Anexo X de los pliegos administrativos, se establecía la necesidad de la remisión de muestras, evidentemente con la intención de comprobar, sin duda y al margen de razonamientos técnicos o subjetivos el cumplimiento de las prescripciones técnicas.(..)

Concretamente, en el Servicio de Farmacia del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa se analizaron, entre otras, dos muestras de Glucosa Laphysan 5% 100 ml.

- *La metodología utilizada intentó reproducir las mismas condiciones en las que se realiza el uso de estas soluciones en el hospital. Se colocó la muestra en un sistema similar a un palo de gotero, se introdujo un punzón en el envase y se dejó vaciar su contenido por gravedad. Cuando ya no caía más solución, se observó que el punzón quedaba "al aire" y que el resto del contenido no se conseguía vaciar por lo que se procedió a medir con una jeringa milimetrada el contenido residual en el envase siendo de 2,5 ml en una de las muestras (2,5% del volumen total) y de 4,5 ml en la otra (4,5% del volumen total). En ambos casos se excede la cantidad indicada en el punto 3.1.8 del pliego de prescripciones técnicas.*

Por lo que respecta al Hospital Universitario Miguel Servet, se analizaron, entre otras, dos muestras de Glucosa Laphysan 5% 50 ml.

- *La metodología para la valoración del volumen residual en las muestras objeto de análisis fue realizado por personal de enfermería del laboratorio de farmacia simulando las mismas condiciones en las que se realiza el uso de dichas soluciones en el hospital. Para ello, las muestras se colocaron en un sistema similar a un palo de gotero y usando los equipos habituales del hospital para la administración por gravedad se procedió a transferir todo el volumen del envase a un vaso de precipitados. Cuando el líquido dejó de fluir se midió con una jeringa milimetrada el volumen que permanecía en el envase resultando un volumen medio de 3 ml (3,5 ml y 2,5 ml respectivamente) lo que representa una media del 6% del volumen total que excede la cantidad indicada en el punto 3.1.8 del pliego de prescripciones técnicas.*

Por todo ello podemos decir que las mediciones han sido llevadas a cabo por personal técnico competente, en instalaciones y con instrumental adecuados y en las condiciones habituales de práctica clínica. (..)

Finalmente, el informe del órgano de contratación, respecto de los informes periciales aportados con el escrito de recurso sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 3.1.8 del PPT, señala lo siguiente:

«Esta forma de medición del volumen residual queda lejos de la práctica clínica diaria de los equipos de enfermería, puesto que en lugar de la gravedad para el vaciado, como se procede en los centros sanitarios, se utilizó un sistema de succión mecánica.

Posiblemente, trasladándonos a la práctica clínica habitual, si se manipulara el punzón y se forzara el vaciado de la solución se conseguiría un volumen residual inferior al obtenido en los análisis realizados, pero esta es una práctica absolutamente inviable en las unidades de enfermería y que ni forma parte de la práctica clínica habitual ni puede llegar a serlo por razones obvias.

Es evidente que el cumplimiento de los criterios recogidos en el pliego de prescripciones técnicas se han de referir a la práctica clínica habitual ya que es imposible trasladar unas "condiciones ideales" a los servicios hospitalarios del Servicio Aragonés de Salud.

En definitiva, la pericial practicada se realiza desde un equipo que succiona el líquido mediante equipos mecánicos, lo cual está muy lejos de la práctica clínica de cualquier hospital, ya que el suero se insufla desde goteros que no disponen de sistema de succión.

El informe pericial ha sido elaborado por la mercantil "Basi", que pertenece al mismo grupo empresarial que la recurrente, se reproduce a continuación el

Anexo III presentado por la recurrente en la que señala que quien elabora el informe pericial pertenece a su "Grupo empresarial": (..)»

La resolución del presente debate debe tomar como punto de partida la doctrina consolidada de todos los órganos encargados de la resolución de recursos contractuales (por todos, los Acuerdos de este Tribunal 78/2013, de 23 de diciembre, 8/2014, de 11 de febrero, 15/2017, de 20 de febrero, 22/2018, de 20 de abril, y las Resoluciones del TACRC, 209/2013, de 5 de junio, 431/2013, de 2 de octubre, 313/2017, de 31 de marzo), con arreglo a la cual la evaluación de aspectos o cuestiones de naturaleza estrictamente técnica es de apreciación discrecional por la Mesa de contratación, y dichos órganos encargados de la resolución de recursos contractuales han de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia; analizar si se ha incurrido en error material, o si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias, pues, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la denominada «*discrecionalidad técnica*» de los órganos de contratación (como la sentada en la Sentencia de 24 de enero de 2006 –rec. casación nº 7645/2000–, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999). Criterio, por cierto, que ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 noviembre de 2018, Sala de lo ContenciosoAdministrativo (recurso nº 336/2016), en el que fue –precisamente– objeto de impugnación otro Acuerdo de este Tribunal, el 106/2016, de 28 de octubre, y que dicha Sala confirmó.

Este Tribunal cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, como en el Acuerdo 56/2018, de 6 de julio, que vuelve a asumirse en su posterior Acuerdo 63/2018, de 26 de julio, en el cual –participa del criterio del TACRC puesto de manifiesto en su Resolución 313/2017, de 31 de marzo–en el que se ha afirmado que*: «Procede traer a colación la doctrina de este*

Tribunal en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Venimos manifestando al respecto que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos como es el caso, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Así, por ejemplo, en la reciente Resolución nº 516/2016, de 1 de julio, ya razonábamos que la función de este Tribunal no es la de suplantar el acierto técnico en la valoración de las propuestas técnicas, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con los pliegos y la normativa de aplicación, y por ser suficientemente motivada. El recurso se fundamenta sobre lo que son discrepancias en juicios de valor, no de legalidad. No han de coincidir el ofertante y el órgano de contratación sobre qué solución técnica pueda ser mejor. (...) Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal…

Asimismo, dicha resolución señaló que "lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica (..)

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están

dotados de una presunción de acierto veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores, en consecuencia este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias».

Del examen del expediente administrativo resulta que consta –en lo que aquí interesa–un informe técnico en el que se concluye el incumplimiento en la oferta de la recurrente de las especificaciones técnicas exigidas en la cláusula 3.1.8 del PPT.

Por su parte, la recurrente aporta –en apoyo de la argumentación expuesta en su escrito de recurso– dos informes periciales, uno de los cuales tiene por objeto analizar el otro -el cual concluye el cumplimiento de los requisitos exigidos por la oferta de la recurrente- a fin de adverar la metodología empleada. Amén de que en el informe del órgano de contratación del recurso se desacredita la metodología empleada en el informe de parte –por cierto, en base a un criterio lógico fácilmente entendible, por partir de un hecho objetivo como es el de que los goteros carecen de mecanización de succión-, resulta que – tal y como pone de manifiesto el órgano de contratación, y así lo afirma la actora en su recurso-, ha sido elaborado por una empresa que pertenece al grupo empresarial de la recurrente, lo que pone en cuestión su imparcialidad debido al evidente interés en la resolución del presente recurso.

Sentado lo anterior, las discrepancias técnicas de la recurrente –tras cohonestarse con lo manifestado por el órgano de contratación en su informe al recurso– no llega a desvirtuar la presunción de acierto de que goza el informe técnico de valoración, así como el informe del órgano de contratación emitido

con motivo del presente recurso, sin que se haya logrado evidenciar la existencia de error, arbitrariedad o discriminación por su parte, estando además el informe técnico en que se funda la adjudicación adecuada y suficientemente motivado y sin que constituya prueba suficiente de ninguna incorrección, cuanto se aduce por la actora en su escrito de recurso y los informes aportados, de ahí que deba adverarse la actuación de dicho órgano.

Por ello, este Tribunal debe necesariamente confirmar la validez de la actuación administrativa y desestimar este motivo de recurso y con él, el presente recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado en nombre y representación de la mercantil “LAPHYSAN, S.A.U.”, frente a su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado «Acuerdo Marco de Homologación de Suministro de soluciones intravenosas de gran volumen para instituciones del Servicio Aragonés de Salud. Lotes 1 y 3», promovido por ese Organismo Autónomo del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.