

**RE 006/2022**

**Acuerdo 44/2022, de 11 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil “COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.”, frente a la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de bolsas colectoras y material de recogida de muestras y residuos con destino a los centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud. Lote 22, partidas 108 y 111 y Lote 26, partidas 120, 121, 122 y 123», promovido por el Centro de gestión integrada y proyectos corporativos del Servicio Aragonés de Salud.**

**Ponente: Paula Bardavío Domínguez.**

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 21 de abril de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) anuncio previo de licitación del procedimiento a que alude el encabezamiento de este acuerdo. El día 6 de junio de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), el anuncio definitivo de la licitación y el día 11 de junio siguiente en el DOUE. Según figura en los citados anuncios, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 22 de junio de 2021.

Se trata de un contrato de suministro, tramitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 23 122 091,39 euros, IVA excluido. El contrato se divide en 36 lotes que a su vez contemplan diferentes partidas.

**Segundo.-** El día 23 de septiembre de 2021, la Mesa de contratación, en aplicación de los parámetros establecidos en la cláusula 2.2.10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), en concordancia

con el Anexo XI del mismo y apreciando que la oferta de la mercantil “HOLLISTER IBÉRICA, S.A.”, había licitado a precio de 0 euros en los Lotes 22, partidas 108 a 112, Lote 23, partidas 113 a 115 y Lote 26, (partidas 120 a 123) le requirió para justificar y desglosar *«razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, y los parámetros de su oferta relativos al resto de los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y que definen la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.»*

La documentación requerida fue recibida el día 27 de septiembre siguiente.

**Tercero.-** Según obra en el actuado, mediante informe de la Presidenta de la Mesa de contratación, emitido el día 13 de octubre de 2021, a la vista de la justificación aportada, se aceptó la viabilidad económica de las ofertas de la mercantil “HOLLISTER IBÉRICA, S.A.” para los Lotes y partidas mencionados en el antecedente anterior.

**Cuarto.-** Mediante Resolución de la Dirección del Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos, de 25 de octubre de 2021 se resolvió la clasificación de las ofertas admitidas siendo esta, por lo que a este Acuerdo interesa, la siguiente:

Lote	Partida	Descripción	Licitador	Puntuación sobre 2	Precio licitación	Precio licitador	Puntuación precio	Puntuación Total
22	108	Bolsa Ostomía abierta recortable 15-70 mm	HOLLISTER IBERICA, S.A.	49	0,090909	0	51	100
			COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.	49	0,090909	0,01	45,39	94,39
			IGROBE RODAR, S.L.	44	0,090909	0,09	0,51	44,51
	111	Bolsa urostomía recortable 15-55 mm	HOLLISTER IBÉRICA, S.A.	49	0,090909	0	51	100
			COLOPLAST	49	0,090909	0,01	48,45	97,45

Lote	Partida	Descripción	Licitador	Puntuación sobre 2	Precio licitación	Precio licitador	Puntuación precio	Puntuación Total
			PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.					
			B BRAUN MEDICAL, S.A.	49	0,090909	0,05001	45,39	94,39
26	120	Bolsa urostomía 2 piezas c/aro dif/med	<b>HOLLISTER IBÉRICA, S.A.</b>	<b>45</b>	0,181818	0	<b>51</b>	<b>96</b>
	121	Bolsa urostomía 2 pieza c/aro convexo D/M			0,181818	0		
	122	Placa urostomía c/aro convexo dif/med			0,009091	0		
	123	Placa urostomía c/aro dif/medidas			0,009091	0		
	120	Bolsa urostomía 2 piezas c/aro dif/med	<b>COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.</b>	<b>45</b>	0,181818	0,01	<b>47,65</b>	<b>92,65</b>
	121	Bolsa urostomía 2 pieza c/aro convexo D/M			0,181818	0,01		
	122	Placa urostomía c/aro convexo dif/med			0,009091	0,009		
	123	Placa urostomía c/aro dif/medidas			0,009091	0,009		
	120	Bolsa urostomía 2 piezas c/aro dif/med	<b>B. BRAUN MEDICAL, S.A.</b>	<b>40</b>	0,181818	0,100018	<b>22,69</b>	<b>62,69</b>
	121	Bolsa urostomía 2 pieza c/aro convexo D/M			0,181818	0,100018		
	122	Placa urostomía c/aro convexo dif/med			0,009091	0,005001		
	123	Placa urostomía c/aro dif/medidas			0,009091	0,005001		

**Quinto.-** Mediante Resolución de la Dirección del Centro de Gestión Integrada y Proyectos Corporativos, de 17 de diciembre de 2021, se adjudicó el contrato –por lo que aquí interesa-, a la mercantil clasificada en primer lugar, esto es, “HOLLISTER IBÉRICA, S.A.” para el Lote 22, partidas 108 y 111 y para el Lote 26 (partidas 120 a 123), quedando clasificada en segundo lugar la mercantil “COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.”

La adjudicación fue publicada en la PCSP y notificada a los interesados, a través de la misma plataforma, el día 21 de diciembre de 2021.

**Sexto.-** El día 12 de enero de 2022, se interpuso, ante el órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña J.M.B., en nombre y representación de la mercantil “COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.”, en el que manifiesta su disconformidad con la adjudicación de los lotes referenciada en el antecedente anterior.

El recurso, en síntesis, aduce, tras haber obtenido vista del expediente, que la actuación del órgano de contratación ha sido arbitraria y errónea, pues a su juicio, no está justificada la admisión de las ofertas impugnadas de la adjudicataria puesto que vulnera el principio de competencia efectiva entre los licitadores y el principio de onerosidad de los contratos públicos.

Por lo expuesto, solicita la anulación de la adjudicación de las partidas y lote impugnados e interesa la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación.

**Septimo .-** El día 17 de enero de 2022 el órgano de contratación dio traslado a este Tribunal del escrito de recurso, así como el expediente completo e informe a 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). En su informe, el

meritado órgano se ratifica en la corrección de su actuación, interesando la desestimación del recurso.

**Noveno.-** El día 18 de enero de 2022, este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió 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. Con fecha 21 de enero siguiente se recibió la documentación requerida.

**Décimo.-** El día 21 de enero 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 las mercantiles “B. BRAUN MEDICAL, S.A.” y “CONVATEC, S.L.”, adhiriéndose al recurso y de la adjudicataria “HOLLISTER IBÉRICA, S.A.”, oponiéndose al mismo.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En cuanto a la legitimación de “COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.” para interponer el recurso especial, la adjudicataria en su escrito de alegaciones, alega la falta de legitimación activa de la recurrente, en base a que esta no ha acreditado que una eventual estimación del recurso conllevaría el beneficio directo de resultar adjudicataria. Sin embargo, en la clasificación de las ofertas, a la que se ha aludido en el antecedente de hecho quinto, tanto en la partida 108 como en la 111 del Lote 22 (las impugnadas), quedó en segunda posición con 94,39 puntos y 97,45 puntos, respectivamente,

como en el Lote 26, -en el que se debía de licitar a todas las partidas para su adjudicación conjunta-, con un total de 92,65 puntos. Por tanto, de la eventual estimación del recurso podría derivar la adjudicación a su favor. Por tanto, se acredita en el expediente la legitimación de "COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A." para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Queda igualmente 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), en consonancia con el artículo 44.1 de la LCSP.

El recurso se presenta en tiempo y forma.

**SEGUNDO.** - Es objeto de recurso, el acuerdo de adjudicación del contrato adoptado por el órgano de contratación respecto a las partidas 108 y 111 del Lote 22 y respecto al Lote 26 es contrario a Derecho ya que, a juicio de la actora, las ofertas presentadas por la adjudicataria "HOLLISTER IBERICA, S.A.", vulneran el principio de competencia efectiva entre los licitadores y el principio de onerosidad de los contratos públicos, debido a que en todas ellas, ha presentado una oferta económica de 0 euros así como que la actuación del órgano de contratación relativa a la admisión de la justificación de la viabilidad de dichas ofertas es escasa, desmotivada y ambigua, al igual que la propia justificación dada por la licitadora para ello.

En el escrito de recurso se argumenta de la siguiente forma:

*«Es preciso señalar que las ofertas a precio cero han sido aceptadas solo en ocasiones muy concretas. En el caso que nos ocupa, los pliegos rectores de la contratación obligan a licitar al lote completo en cuanto al Lote 26, no siendo*

*así en el Lote 22, en el que se posibilita la licitación independiente a cada partida. Así las cosas, las referencias que en adelante se realizarán deben ser atendidas considerando que, en el Lote 26, todas sus partidas, de forma conjunta, comprenden una prestación, siendo así que, en el caso del Lote 22, sus distintas partidas y, en el caso que a las presentes atañe, aquellas que se refieren a la 108 y 111, son una prestación.*

*Por tanto, con facilidad se advierte que las “compensaciones” que entre distintas prestaciones pudieran realizarse a efectos de ofertar algunas de ellas a precio cero no resultan aquí de aplicación y es que la oferta de la actual adjudicataria, para los casos a que nos referimos, es la siguiente:*

Lote	Partida	Oferta económica en euros
22	108	0,00
22	111	0,00
26	120	0,00
26	121	0,00
26	122	0,00
26	123	0,00

*Pues bien, atendido ya el fondo del asunto, es necesario señalar que 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 (LCSP, en adelante) ha intensificado la obligación de licitar a precios que salvaguarden la adecuada ejecución del contrato, siendo claro ejemplo de ello la reglamentación que se proporciona respecto de las ofertas anormales, en la que se indica, en atención a las dicciones del artículo 149 de la precitada norma, lo siguiente: (...)*

*Este tipo de previsiones obligan a los licitadores a formular sus propuestas económicas con mayor rigor, asegurando el cumplimiento de una serie de obligaciones y asegurando la adecuada viabilidad de la ejecución del contrato, nosiendo posible que ofertas que beben de prácticas inadecuadas desde un*

*punto de vista económico ofrezcan las garantías que la contratación pública reclama.*

*En el caso presente, no debe dejar de mencionarse que HOLLISTER IBERICA, S.A., fue requerida para justificar la viabilidad de su oferta en los lotes y partidas a que las presentes se refieren, siendo así que la justificación proporcionada fue considerada suficiente y ello cuando HOLLISTER IBERICA, S.A., justificó de forma genérica, parca y desmotivada las cuestiones por las que ostentan capacidad suficiente para hacer frente a su oferta. Esta representación es plenamente conocedora de estos hechos y es que accedió a la información relativa a la oferta de la actual adjudicataria en fecha 30 de diciembre de 2021.*

*En fin, no debe dejar de indicarse que, con la aceptación de tal escasa, desmotivada y ambigua justificación, el órgano de contratación obvia la jurisprudencia que señala que, cuando los pliegos determinan el sistema de determinación de ofertas anormalmente bajas, tal y como ocurre en el presente caso (Cláusula 2 del Anexo XI del PCAP), la jurisprudencia ha determinado que la justificación de la viabilidad de la oferta debe realizarse por cada uno de esos precios unitarios y no por la oferta global.*

*En este sentido, y a modo de ejemplo, se extracta, valga por todas, la Resolución Nº 1499/2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que señala:*

*“(…) sí existe en los pliegos un sistema de determinación de las ofertas temerarias dada la expresa remisión que la cláusula 13 del PCAP hace al art. 85 del Reglamento, y que, por otra parte, dado que las ofertas han de formularse en términos de precios unitarios a cada concepto indicado en la cláusula 11ª, A.1, y Anexo II sin que superen los precios máximos unitarios de cada uno de aquellos conceptos, la justificación de su viabilidad debe realizarse por cada uno de dichos precios y no por el importe global de la oferta”.*

*Por tanto, encontramos que la actuación del órgano de contratación se ha basado, para con las precitadas cuestiones, en un actuar que no encuentra acomodo en la normativa y jurisprudencia, generándose una actuación errónea y arbitraria que ya reclama la revisión del acto impugnado.*

*Por otro lado, tal y como indicado previamente, la jurisprudencia ha venido admitiendo ofertas con valores cero o cercanos a cero en muy limitadas ocasiones. La onerosidad de los contratos se establece como condición ineludible en la contratación pública, tal y como expone el artículo 2.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:*

*“Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.*

*Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.”*

*Como vemos, el beneficio económico marca el carácter definitorio de la onerosidad, resultando evidente que en el caso que nos ocupa, la mercantil HOLLISTER IBERICA, S.A., no va a obtener beneficio al suministrar los productos objeto de la licitación y es que no recibirá por ellos contraprestación alguna, ni directa, ni indirectamente.*

*Asimismo y a los efectos que ahora se señalan, no debe dejar de referenciarse el contenido del artículo 145.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que dictamina:*

*“Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas*

*administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”*

*En el caso presente nos encontramos con una oferta que, de forma palmaria, atenta contra la libre competencia y es que ésta se ve distorsionada en el momento en que se admite a licitación una oferta que no lo es, esto es, una oferta a precio cero que con nada se compensa no es sino una dádiva, un regalo y, con ella, no se genera sino una eliminación automática de la competencia y de la realidad en que consiste la debida adjudicación de los contratos públicos a las proposiciones que representen la mejor relación calidad-precio. Con nada se relaciona la calidad en este caso y en nada se sustenta la viabilidad de tal oferta.*

*El cumplimiento de las obligaciones de suministro especificadas en el contrato conlleva de forma inherente una serie de costes materiales y humanos que, en ningún caso, pueden representar cero euros.*

*En este sentido, la Resolución Nº 407/2020, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, establece los criterios que deben guiar la aceptabilidad o no de estas ofertas, indicando:*

*“Es decir, las ofertas económicas efectuadas a 0, o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara.”*

*Así pues, adquiere aquí relevancia lo obligatoriedad de licitar a los lotes en su conjunto y por separado y es que no puede afirmarse que la oferta económica de los lotes y partidas a que nos referimos tengan, en su conjunto, esto es, en la globalidad del Lote 26 y en cada una de las partidas del Lote 22 a que ahora nos referimos, un precio positivo.*

*La inexistencia de un precio positivo conlleva el rechazo de una oferta a precio cero y tal premisa concurre en las presentes. No podría esta premisa sino erigirse como lo hace y es que el dumping, o venta a precios deslealmente bajos, como es el caso, entra en claro conflicto con los principios de libertad de acceso a las licitaciones al suponer una barrera de acceso a las licitaciones artificialmente creada, con el único fin de impedir el acceso al resto de competidores a los procedimientos de contratación pública, privándoles así de competir en pie de igualdad con la empresa oferente a cero euros.*

*Más aún, este hecho reviste especial gravedad si tenemos en cuenta que se trata de una oferta sometida a procesos de concurrencia competitiva en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público y sus normas reglamentarias.*

*Los precios de la oferta de HOLLISTER IBÉRICA, S.A., no sólo conculcan principios clave que guían nuestro Ordenamiento Jurídico en relación con la competencia en el mercado, sino que, además, limitan los principios en los que se asienta la contratación pública.*

En oposición a la denuncia de la recurrente, el órgano de contratación en su informe sobre el recurso indica que: *«en estos productos la existencia de precios simbólicos o incluso a precio cero es lo habitual, dado que es muy importante para estas empresas que sus productos estén presentes en las Unidades de Estomaterapia donde se adiestra a los pacientes en el uso de estos dispositivos, ya que lo que pretenden es fidelizar a estos pacientes, pues el beneficio que esperan obtener en estas ventas no está en el consumo que de estos materiales realiza el Servicio Aragonés de Salud, sino en la adquisición posterior por parte de los pacientes en las Oficinas de Farmacia, durante el periodo de utilización de estos dispositivos, que suele responder a tratamientos de larga duración o incluso permanentes.*

*Es decir, el presupuesto anual ofertado por la empresa HOLLISTER para estas partidas (0 €), frente a los 1.335,22 € del presupuesto de licitación, en modo alguno pone en peligro la viabilidad del suministro de este tipo de material, al igual que tampoco se hubiera puesto en riesgo la ejecución del contrato si la empresa adjudicataria clasificada en primer lugar hubiera sido la empresa COLOPLAST, cuya oferta es 12,79 veces inferior al presupuesto de licitación. De facto, la baja sobre el precio de licitación emitida por la recurrente es tan elevada que ha obtenido sobre 51 puntos posibles en el criterio precio, 45,39 puntos en el Lote 22 y 47,65 puntos en el Lote 26.*

*Llegados a este punto, ¿cabría preguntarse cuál hubiera sido la justificación de la empresa COLOPLAST a la hora de motivar la viabilidad de su oferta? Evidentemente no. Y no cabe preguntarse por los argumentos que hubiera esgrimido la recurrente por que hubieran sido los mismos que ha expuesto la propuesta como adjudicataria y que a continuación transcribimos:*

- *La solvencia de esta empresa está sobradamente probada, siendo una de las empresas líderes a nivel nacional, de este tipo de materiales.*
- *La oferta presentada, les permite mantener la rentabilidad adecuada y la sostenibilidad de la plantilla, sin que exista riesgo alguno de fallo en el suministro de los productos, pudiendo cumplir con las condiciones de precio ofertado.*
- *Las referencias ofertadas se están comercializando actualmente, si no en todos los casos las mismas, si de características similares en el Servicio Aragonés de Salud, al haber sido adjudicatarios con los mismos precios en el anterior expediente AM/01/2017.*
- *La empresa HOLLISTER IBERICA, S.A. plantea dicha oferta como un mecanismo que permite al paciente el acceso a conocer y recibir entrenamiento del uso de sus productos desde el primer momento de la intervención. Producto al que tendrá acceso una vez dado el alta a través de la receta del INSS, lo que permite a la empresa la rentabilidad de la oferta.*

*Apoyándonos en el siguiente cuadro, ¿alguien puede poner en duda la viabilidad de una oferta a 0 € o 104,41 € sobre un presupuesto de licitación de 1.335,22 en el caso de una multinacional?*

<b>Partida</b>	<b>Cantidad licitada anual</b>	<b>Precio de licitación sin IVA</b>	<b>Oferta Hollister sin IVA</b>	<b>Oferta Coloplast sin IVA</b>	<b>Importe licitación sin IVA</b>	<b>Importe Hollister sin IVA</b>	<b>Importe Coloplast sin IVA</b>
108	1.797	0,090909	0,000	0,010	163,36	0,00	17,97
111	2.367	0,090909	0,000	0,010	215,18	0,00	23,67
120	3.159	0,181818	0,000	0,010	574,36	0,00	31,59
121	2.043	0,181818	0,000	0,010	371,45	0,00	20,43
122	423	0,009091	0,000	0,009	3,85	0,00	3,81
123	771	0,009091	0,000	0,009	7,01	0,00	6,94

	1.335,22	0,00	104,41
--	----------	------	--------

*La motivación de unos precios de licitación y de ofertas simbólicos queda claramente reflejada en el informe de HOLLISTER. Como se puede observar en el cuadro las cantidades licitadas son unos pocos miles, pero las cantidades dispensadas en las Oficinas de Farmacia a esos pacientes que han estado previamente hospitalizados superan el millón de unidades, siendo el precio de compra mucho más elevado. A modo de ejemplo, COLOPLAST durante los ejercicios 2009 y 2010, suministró al Hospital de Barbastro, por el sistema de contratación menor, sin concurrencia, el producto licitado en la partida 108 a los siguientes precios: 13,9849 € en el ejercicio 2009 y a 14,1156 € en el ejercicio 14,1156 €, en ambos casos IVA incluido. Así mismo, se informa a ese Tribunal que actualmente el precio venta al público (PVP) promedio en las Oficinas de Farmacia de los citados productos es de 2,70 euros, muy alejado como se puede observar de los 0,010 € ó 0,009 € ofertados por la recurrente.»*

Por lo que respecta a lo alegado por la adjudicataria en su escrito de alegaciones, ésta defiende que no se ha vulnerado la competencia efectiva ni los principios que rigen la contratación pública, pues pese a reconocer que se ofertan precios unitarios que conllevan un nulo beneficio, se afirma que los operadores obtienen su beneficio en la forma que se ha expuesto al transcribir el informe del órgano de contratación.

Las otras licitadores que concurrieron a la licitación presentan escrito de alegaciones en el que corroboran lo manifestado con la actora, argumentando en similares términos.

Expuestos los términos del debate, dado que la recurrente en primer lugar cuestiona la suficiencia de las razones argumentadas por la empresa para justificar la viabilidad de su oferta, así como la insuficiencia del informe técnico emitido, en el que el órgano de contratación fundamenta su decisión de

considerar viable las ofertas objeto de este recurso, hay que partir del análisis de la actuación del órgano de contratación.

Así, éste, una vez abiertas las ofertas económicas, y visto que las oferta presentadas por la mercantil "HOLLISTER IBERICA SA" al Lote 22 partidas 108, 109, 110 y 111, al Lote 23 partidas 112, 113, 114 y 115 y al Lote 26, eran de 0 euros, le requiere para que proceda a justificar de manera razonada y detallada la viabilidad de su oferta económica, atendiendo a lo indicado en el apartado 2.2.10 del PCAP que regula las ofertas con valores anormalmente bajos: *«En el Anexo XI se establecen los parámetros objetivos, en virtud de los cuales se entenderá que la proposición no puede ser cumplida por ser considerada anormalmente baja. Cuando se identifique una proposición que pueda estar incurso en presunción de anormalidad, la mesa o en su defecto, el órgano de contratación, antes de llevar a cabo la valoración de todas las ofertas dará audiencia al licitador afectado y tramitará el procedimiento legalmente previsto. En vista de su resultado se propondrá motivadamente al órgano de contratación su aceptación o rechazo, en cuyo caso se excluirá de la clasificación.»*

El Anexo XI del PCAP establece los parámetros para determinar el carácter anormalmente bajo de la oferta en su conjunto, indicando al respecto que: *«Se presumirá que una oferta puede resultar inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja cuando el precio ofertado suponga una baja superior al 45% sobre el presupuesto de licitación (IVA excluido), al tratarse de un porcentaje que puede asegurar, según la experiencia acumulada de este órgano de contratación, un suministro que garantice de forma eficiente la asistencia sanitaria a los pacientes de esta Comunidad».*

A su vez, el artículo 149 de la LCSP regula un procedimiento contradictorio, que deberá comprobar si la proposición formulada inicialmente incurso en presunción de anormalidad es viable, o no, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato quede garantizada, en el modo

y manera que establecen los pliegos de condiciones. El procedimiento de verificación requiere tres actuaciones básicas: audiencia al licitador para que justifique su oferta; asesoramiento técnico adecuado, y resolución motivada del órgano de contratación, como establece el Acuerdo 93/2018, de 28 de septiembre de este Tribunal.

Esta actuación del órgano de contratación resulta coherente con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2020 (Asunto Tax- Fin-Lexc-367/19) que el artículo 2, apartado 1, punto 5 de la Directiva 2014/24/UE que define los contratos publicos como contratos onerosos, no sirve de fundamento único para rechazar automáticamente la oferta de un licitador de un contrato público porque el importe de su oferta sea de 0 euros y que en este caso es preciso que tal oferta se examine con arreglo al procedimiento relativo a las ofertas anormalmente bajas previsto en el artículo 69 de la Directiva 2014/24

Pues bien, en respuesta al requerimiento efectuado por la Mesa de contratación, ante la oferta presentada, la mercantil "HOLLISTER IBERICA SA", justifica su viabilidad con los siguientes argumentos:

*«• La solvencia de esta empresa está sobradamente probada, siendo una de las empresas líderes a nivel nacional, de este tipo de materiales.*

*• La oferta presentada, les permite mantener la rentabilidad adecuada y la sostenibilidad de la plantilla, sin que exista riesgo alguno de fallo en el suministro de los productos, pudiendo cumplir con las condiciones de precio ofertado.*

*• Las referencias ofertadas se están comercializando actualmente, si no en todos los casos las mismas, si de características similares en el Servicio Aragonés de Salud, al haber sido adjudicatarios con los mismos precios en el anterior expediente AM/01/2017.*

*• La empresa HOLLISTER IBERICA, S.A. plantea dicha oferta como un mecanismo que permite al paciente el acceso a conocer y recibir entrenamiento*

*del uso de sus productos desde el primer momento de la intervención. Producto al que tendrá acceso una vez dado el alta a través de la receta del INSS, lo que permite a la empresa la rentabilidad de la oferta.»*

El informe técnico relativo a la justificación de la viabilidad de la oferta reproduce los argumentos alegados por la licitadora, añadiendo que la oferta económica presentada no implica menoscabo en la calidad del material y propone la aceptación de la viabilidad de la oferta. El órgano de contratación consideró que la oferta era viable.

Así, la cuestión planteada en el presente recurso consiste en si determinar es conforme a Derecho en la presente licitación la adjudicación de las partidas y lote impugnados a unas ofertas a 0 euros o si por el contrario, debieron ser excluidas.

En relación a los supuestos de ofertas a 0 euros o próximas, que han de considerarse presentadas en fraude de ley, en nuestro reciente Acuerdo 21/2022, de 4 de marzo, indicábamos lo siguiente:

*«En supuestos similares al presente, es decir con ofertas cercanas a cero o precios irrisorios, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (en adelante, TACRC), en resoluciones como la 827/ 2021, de 8 de julio, se ha enfocado a través de la figura del fraude de ley, argumentando lo siguiente: "Como dijimos en nuestra Resolución 1060/2020, "la aplicación de la figura del fraude de ley debe efectuarse caso por caso, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto y que, por lo tanto, "la apreciación de su concurrencia en un caso concreto, no depende de que las circunstancias específicas de ese caso concreto deban concurrir necesariamente en otro en que se plantee la concurrencia de esa figura para determinar si existe o no fraude de ley, de forma que si no concudiesen las mismas circunstancias no cabría apreciar la existencia de fraude, o al contrario, solo se apreciaría si existiera igualdad de circunstancias en uno y en otro caso". La figura del fraude de ley y sus requisitos aparecen recogidos en el artículo 6.4 del Código del*

*Civil, que dispone: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.*

*El primer requisito, por lo tanto, que el fraude de ley exige es que el acto realizado al amparo del texto de la norma en cuestión no resulte suficiente y realmente amparado por dicha norma. Por lo tanto, verificar si las proposiciones presentadas han sido formuladas de manera fraudulenta exige comprobar, en primer término, y según se ha avanzado, si tales proposiciones a precios irrisorios, simbólicos, resultan conformes con la normativa en materia de contratación y si se ajustan, asimismo, al contenido de los pliegos que rigen la licitación (art. 139.1 de la LCSP). La LCSP incluye entre su objetivo y finalidad “la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa” (art. 1 de la LCSP) y que, de igual forma, los órganos de contratación vienen obligados a proporcionar a los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 132.1 de la LCSP) y a velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia (art. 132.3 de la LCSP).*

*Así, con arreglo al art. 145.5.c de la LCSP los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Y lo cierto es que difícilmente puede decirse que existe una competencia efectiva si el criterio de adjudicación precio/hora de los servicios extraordinarios, concebido inicialmente como un criterio para adjudicar «de manera proporcional» (página 8 del cuadro de características del PCAP) la puntuación en función de los distintos importes ofrecidos se transforma de hecho en un criterio binario, en el cual aquellos licitadores que obvian la necesaria existencia de costes (entre otros, los salariales) para la prestación de tal servicio capturan la totalidad de los puntos, mientras los licitadores que pretenden obtener algún precio a cambio del servicio no reciben puntuación alguna, con independencia del*

*precio efectivamente ofertado. Como hemos dicho, para comprobar que la competencia resulta efectivamente distorsionada se observa que las dos empresas que ofertan 0 euros obtienen los 5 puntos máximos que asigna el criterio, mientras que las 11 empresas restantes obtienen 0 puntos. La presentación de dichas proposiciones resulta en una distorsión de la competencia que priva a los licitadores que ajustan sus ofertas a los precios reales del mercado de la posibilidad de ser adjudicatarios del lote disputado, pues resulta desde luego irrelevante qué concreto precio ofrezcan para tales servicios extraordinarios.*

*El segundo requisito que el fraude de ley exige es que el acto realizado persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Las consideraciones efectuadas más arriba conducen a concluir que, necesariamente, la estrategia de los licitadores persigue un resultado contrario al ordenamiento jurídico: obtener, a través de tales precios nulos, la máxima puntuación los licitadores que los presentan, puntuación que, sin embargo, se obtiene solamente al apartarse de los requisitos a que la oferta debe atenerse conforme a la normativa en materia de contratación y que imponen que aquella parta de precios de mercado y tome en consideración los costes reales. Concluyendo que las ofertas de precio de 0 y 0.01 euros se consideran realizadas en fraude de ley, la consecuencia no debe ser la exclusión, como postula la empresa recurrente, sino la no valoración del criterio de adjudicación a estas empresas, al haber realizado una oferta fraudulenta para dicho criterio. Y son trasladables, si bien a sensu contrario, al presente caso las afirmaciones realizadas en la Resolución 958/2020, de 4 de septiembre de 2020, del TACRC, en el que se señala que:*

*Por tanto, todo precio ofertado que no cubra ningún coste del servicio tipo correspondiente o casi ninguno, es un precio basado en prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico, ajeno totalmente al principio de competencia efectiva y leal que ha de inspirar el criterio precio según el artículo 145.5. de la LCSP, de que «Deberán garantizar la posibilidad*

*de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva», y al que deben ajustarse los licitadores al formular su oferta, y por supuesto, el precio cero o casi cero, como el precio 0,01 euros, es ajeno totalmente a la norma que ha de cumplir el OC de que los precios que establezca en el PCAP han de adecuarse a los precios de mercado, que, por el mismo motivo, debe cumplirse por los licitadores, si bien según sus costes, ya que en caso contrario, el precio ofertado no cumple el principio de competencia real, efectiva y leal, y en el caso de dichos precios, es decir, precios inexistentes o irrisorios que no cubren ningún coste del servicio o casi ninguno solo obedecen a fines, causas o motivos fraudulentos, torcidos o simulados con claro incumplimiento de la norma y de los pliegos sin cobertura para ello basada en otra norma (fraude de ley).»*

Pues bien, en el caso objeto del presente recurso, al contrario que en el analizado en el recurso especial cuyo acuerdo de resolución se acaba de transcribir, donde el precio ofertado era 0 euros, sólo en una determinada prestación de aquellas en las que se descomponía la oferta económica del contrato y donde no había ningún coste del servicio a cubrir por la particularidad de la circunstancia de la recurrente, en el presente caso si existen gastos a cubrir, como lo demuestra el hecho de la valoración que el órgano de contratación realiza del presupuesto base de licitación y el precio unitario máximo (según el detalle del PCAP, siendo en todo caso valores de carácter positivo) así como del informe del órgano de contratación realizado con ocasión del recurso en el que se señala el precio real de mercado que tienen los suministros requeridos, si se adquieren en las oficinas de farmacia.

En el presente caso, estamos ante un contrato que se adjudica por partidas, salvo algún lote, como el que es objeto de recurso, en que se adjudica por lote entero y de acuerdo con el artículo 99.7 de la LCSP, en estos casos cada lote – o partida- constituirá un contrato. Esto tiene importancia, puesto que, tal y como denuncia la recurrente, todas las ofertas impugnadas dan lugar a una adjudicación independiente, y todas ellas están realizadas por importe de 0

euros, de tal manera que no existe ningún precio positivo, la adjudicataria no va a obtener ningún ingreso para compensar sus costes, no va a existir facturación alguna por sus prestaciones, lo que es indicativo de que no es un precio real y no se ajusta a la exigencia legal del precio de mercado, pues, un precio de adjudicación de 0 euros, no permite a la adjudicataria recuperar ni un solo coste de ejecución del contrato. Y la consecuencia de tal oferta, es que la adjudicataria se lleva la máxima puntuación por la oferta económica, en todas las partidas -y lote- impugnadas.

Y aunque este Tribunal carece del juicio técnico necesario para valorar si es correcta la calificación que realiza el órgano de contratación de ser viable la ejecución de dichos contratos a precio 0 euros –basada en que la licitadora recupera los costes de ejecución no del órgano de contratación, sino de los pacientes que eventualmente se convierten, en un momento diferente al del suministro de tales bienes, en clientes de aquella, constituyendo una suerte de estrategia comercial-, lo que si puede apreciar este Tribunal, dentro de un análisis estrictamente jurídico es que la justificación aportada por la licitadora no parece disponer de argumentos bastantes para permitir, al servicio encargado de emitir el informe técnico y al propio órgano de contratación, entender que la ejecución del contrato es viable. Y ello porque dicha justificación no se refiere a las condiciones de su oferta, no contiene mención alguna a los costes de personal, o condiciones de la propia empresa que puedan suponer un ahorro en la fabricación de los bienes con cuantificación de las mismas, o mención a la renuncia a una parte (más bien al total) de su beneficio industrial. Argumentos como estos o similares que son los que exige el artículo 149.4 de la LCSP, que dispone que:

*“Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:*

- a) *El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) *Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*
- c) *La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- d) *El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.”*
- e) *O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

Lo que si puede apreciar este Tribunal en ejercicio de su competencia, es que la adjudicataria ha vulnerado la competencia efectiva y real y el principio de igualdad consagrados por la LCSP, -artículos 1 y 132 de la LCSP-, así como otras exigencias de la misma norma, como la que exige la onerosidad de los contratos del sector público, consistente en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta, ex artículo 2.1º de la LCSP y que no puede vislumbrarse en un contrato en el que la contratista no va a presentar al cobro ninguna factura por los bienes entregados; o como la exigencia de que deba establecerse un precio real y cierto (artículo 102 de la LCSP) y adecuado a los precios del mercado (artículo 100 de la LCSP), “*no siendo justificables precios por debajo de mercado*” (artículo 149.4. letra d) y que el precio ha de cubrir los gastos ocasionados en la ejecución del contrato, obligación que atañe tanto al órgano de contratación como a los licitadores.

Así, como señala la doctrina antes transcrita, la LCSP incluye entre su objetivo y finalidad «*la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*» (art. 1 de la LCSP) y los órganos de

contratación vienen obligados a proporcionar a los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio (art. 132.1 de la LCSP) y a velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia (art. 132.3 de la LCSP). Además, con arreglo al art. 145.5.c) de la LCSP, los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Y no resulta aceptable el argumento dado por el órgano de contratación relativo a que la recurrente ha hecho ofertas en esas mismas partidas/lote por precios que son también mucho más bajos que el precio unitario base de licitación, puesto que el objeto de este recurso es la adjudicación de las mismas y no las ofertas realizadas por la recurrente, las cuales podrán analizarse en otro eventual recurso, pero nunca en el interpuesto por ella, por aplicación del principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, ex artículo 119. 3 *in fine* de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Tampoco se puede acoger el argumento que esgrime el órgano gestor cuando refiere que: *Las referencias ofertadas se están comercializando actualmente, si no en todos los casos las mismas, si de características similares en el Servicio Aragonés de Salud, al haber sido adjudicatarios con los mismos precios en el anterior expediente AM/01/2017, y ello porque como viene señalando este Tribunal administrativo, por todos el Acuerdo 6/2019, de 18 de enero .....acogiendo la Resolución del TARCJA 336/2018,de 30 de noviembre, “un procedimiento de contratación es autónomo e independiente del anterior o anteriores, aun cuando coincidan es su objeto”.*

Por todo ello, se considera que las ofertas realizadas por la adjudicataria impugnadas en el presente recurso, incumplieron los principios de la contratación pública, la legislación de contratos públicos así como los pliegos que establecían los precios y debieron ser por este motivo excluidas, por lo que

con estimación del recurso, se acuerda anular la adjudicación y ordenar la retroacción de actuaciones al momento de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior, para que se proceda en el sentido indicado.

La estimación del presente motivo conlleva la satisfacción de la pretensión de la recurrente, lo que hace innecesario el pronunciamiento sobre el resto de los motivos del recurso.

**TERCERO.** - En cuanto a la solicitud de la recurrente de la medida cautelar de suspender el procedimiento de adjudicación, resulta innecesaria puesto que la suspensión opera *ex lege* por mor del artículo 53 de la LCSP.

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.-** Estimar el recurso especial interpuesto por “COLOPLAST PRODUCTOS MÉDICOS, S.A.”, frente a la adjudicación del procedimiento de licitación del contrato denominado «Suministro de bolsas colectoras y material de recogida de muestras y residuos con destino a los centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud. Lote 22, partidas 108 y 111 y Lote 26, partidas 120, 121, 122 y 123», promovido por el Centro de gestión integrada y proyectos corporativos del Servicio Aragonés de Salud.

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

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

**CUARTO.-** El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

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.