

Recurso nº 224/2015
Resolución nº 4/2016

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don F.R.S., en nombre y representación de BIO-RAD Laboratories, S.A., contra la Resolución por la que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos para la determinación de hemoglobinas glicadas para el Laboratorio de Bioquímica del Centro de Especialidades Ambulatorias del Hospital Universitario 12 de Octubre”, número de expediente: P.A. 2015-0-50, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Hospital Universitario 12 de Octubre convocó, mediante anuncio publicado en el Perfil de contratante y en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 20 de julio de 2015, la licitación mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato de referencia. El valor estimado asciende a 302.400 euros.

Segundo.- A la licitación concurren tres licitadores: Menarini Diagnostics, S.A., Horiba ABX, S.L. y BIO-RAD Laboratories, S.A., resultando excluidas las dos

últimas. En cuanto a la recurrente el motivo de exclusión notificado fue “*No tener presencia en el Control de calidad de la SEQC al menos de un año con demostración de criterios de calidad analítica en base a la variabilidad biológica, tal y como se exige en el Pliego de Prescripciones Técnicas*”.

El 9 de diciembre de 2015 se ha notificado Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario 12 de Octubre, de fecha 3 de diciembre, por la que se resuelve el procedimiento de adjudicación de referencia, en el que ha resultado adjudicataria la empresa Menarini Diagnostics, S.A.

Tercero.- El 17 de diciembre de 2015 tuvo entrada ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BIO-RAD Laboratories, S.A., que lo remitió a este Tribunal el día 18. En el mismo se solicita:

- “*1. Retrotraer las actuaciones a fin de que el órgano de contratación excluya la propuesta presentada por la Compañía Menarini Diagnostics, S.A.*
2. *Anular el procedimiento ya que ninguno de los concurrentes cumple las especificaciones expuestas en el Pliego de Prescripciones Técnicas que sirven de base a esta licitación*”.

El recurso alega que la adjudicataria Menarini Diagnostics, S.A. no acredita uno de los requisitos de las especificaciones técnicas respecto del equipamiento analítico según el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

El 23 de diciembre el órgano de contratación remitió el expediente y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 23 de diciembre de 2015, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Menarini diagnostics que opone, en primer lugar, falta de legitimación de la recurrente y en cuanto al fondo del asunto que cumple de un modo íntegro con todas las prescripciones del PPT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP “*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*”.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones (vid Resolución 181/2013, de 23 de octubre, o 87/2014, de 11 de junio), la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual.

Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010, de 18 de octubre: “*Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).*

De acuerdo con lo anterior la exclusión de la recurrente en una fase anterior del procedimiento, en principio, no permitiría la interposición del recurso a la misma, puesto que, al no impugnar su exclusión y pretender su permanencia en el procedimiento de adjudicación, supone la aceptación de su situación.

Si bien, como alega Menarini, es cierto que la recurrente, ha sido excluida por incumplimiento de las prescripciones técnicas y que por lo tanto *prima facie* ningún beneficio podría obtener de la interposición del presente recurso, en relación con el procedimiento de licitación actual, no lo es menos que la recurrente hace valer el incumplimiento en la oferta de la adjudicataria, única licitadora que permanece en la licitación, con la consecuencia que tendría de la declaración de deserto del contrato, con lo que su potencial beneficio, de estimarse el recurso, sería la posibilidad de acudir a una eventual nueva licitación sobre el mismo objeto, una vez declarada desierta la actual, en el caso de que se convocara, por lo que este Tribunal considera, en virtud del principio *favor acti*, que procede considerar que la recurrente se encuentra legitimada, pues al tratarse de consumibles necesarios para el normal funcionamiento del laboratorio la declaración de deserto implicará con toda probabilidad una nueva convocatoria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 3 de diciembre de 2015, practicada la notificación el 9 de diciembre, e interpuesto el recurso el 18 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El apartado 3 “especificaciones técnicas del equipamiento analítico” del Pliego de condiciones Técnicas (PPT) requiere: “*Durabilidad de la columna de al menos 6000 muestras*”.

El PCAP solicita, para la acreditación de los criterios objetivos de adjudicación del contrato, la presentación de “*catálogos e información técnica necesaria*”.

Según la recurrente con la documentación aportada por Menarini no queda acreditada la durabilidad de la columna.

A efectos de la resolución del recurso debemos partir de la regulación legal del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos que se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro, los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto, implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Por ello, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

El artículo 145 del TRLCSP dispone que “*las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”.

El artículo 160 del TRLCSP relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación establece, en el segundo párrafo de su apartado 1, que “*Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego*”.

Procede, por tanto, analizar si el PPT, que constituye ley del contrato, exige los requisitos técnicos cuyo incumplimiento se señala como motivo de exclusión de la recurrente y si su oferta se ajusta o no a lo requerido. Se trata de una labor de comparación entre los requisitos fijados en el PPT y el contenido de la oferta presentada. No se trata de una cuestión de discrecionalidad técnica donde el órgano de contratación pueda libremente decidir el cumplimiento, o no, sin sujeción a reglas, sino de una labor de comprobar si lo ofertado se corresponde o no a lo solicitado para el cumplimiento de los fines que pretende satisfacer el Hospital en los términos en que fue señalado en el PPT.

Menarini Diagnóstics, S.A. en el documento “descripción técnica” (página 138 del expediente) señala que dispone de “*elevada durabilidad de la columna indicando que es superior a las 6000 determinaciones de término medio*”. Asimismo, en la página 143, incluye un documento denominado “especificaciones técnicas del equipamiento Analítico” del analizador ofertado ADAMS A1c HA-8180V y Software de Gestión de Resultados Menasoft HA, que expresa:

“• *Durabilidad de la columna más de 6.000 determinaciones. (El promedio de determinaciones a los que se está realizando el cambio de columna está situado alrededor de las 7.000). Prefiltro integrado en columna por lo que no hay cambio de prefiltro adicional, ni mantenimiento preventivo entre cambios de columnas*”.

Según el informe del órgano de contratación, la documentación aportada por el licitador, en modo alguno contradice lo manifestado y no procede valorar documentación distinta de la que consta en el expediente de contratación. Así lo justifica en su escrito de alegaciones “*no se incluyó el manual genérico del fabricante, sino que se decidió aportar, a fin de reflejar la mayor concordancia posible con la realidad de sus productos, los datos concretos reales en función de los datos de licitación*”.

La documentación aportada por Menarini es una declaración realizada por ella misma denominada “descripción técnica de la oferta”, pero no incluye lo exigido en el PCAP, que es “*catálogos e información técnica necesaria*”, que es lo que debía tenerse en cuenta para su valoración. En la documentación técnica no queda acreditada la durabilidad de la columna que confirme las declaraciones realizadas.

Alega la recurrente que ARKRAY, el fabricante del equipo ofertado por Menarini, el modelo Adams A1c HA- 8180V, indica en su manual de instrucciones, apartado 4.1. “Frecuencia de Mantenimiento de la columna” que debe sustituirse cada 2500 análisis.

Consta asimismo en dicho manual de instrucciones que la frecuencia de la tarea de mantenimiento se basa en la suposición de que se realizan 50 análisis diarios durante 20 días al mes, siendo que el número de analíticas del Hospital 12 de Octubre realiza diariamente supera las 300, es decir que el equipo tendrá mayor desgaste. La frecuencia de la tarea de mantenimiento consistente en la sustitución de la columna aparece como una referencia siendo que las necesidades reales de sustitución pueden diferir según el número de análisis o por otras condiciones. El citado manual especifica en el apartado 4.2.2 “sustitución de la columna”, que “*puesto que no se pueden obtener resultados con columnas que hayan superado los 2500 análisis o la vida de servicio indicada, no utilice dichas columnas*”.

Alega Menarini que en su oferta tiene declarada una durabilidad de más de 6000 determinaciones y adjunta varias órdenes de trabajo en las que consta que el número de determinaciones realizadas con carácter previo a la sustitución de las columnas supera las 6000 unidades que avalan lo declarado, y además se parte de la cifra de 2500 mediciones a modo de mínimo, pudiendo realizar un mayor número de muestras.

No puede admitirse dicha alegación, puesto que puede ser cierto que las sustituciones se hayan realizado después de dicho número de analíticas,

funcionando la columna por encima de las 2500 determinaciones, pero según el manual del fabricante eso no garantiza el correcto funcionamiento a partir de la número 2500.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la declaración de Menarini relativa a las especificaciones técnicas del equipamiento analítico referentes a la durabilidad de la columna no está acreditada con la documentación oficial de los equipos o del fabricante. Al contrario, el manual de instrucciones indica claramente la necesidad de sustitución de la columna cada 2500 análisis, lo cual supone un incumplimiento de lo exigido en las prescripciones técnicas que determina el rechazo de la oferta por no ajustarse a lo exigible según el PPT. No es aceptable la posición del informe técnico al indicar que lo afirmado por la actual adjudicataria no se ve contradicho por otra documentación del expediente, hecho puesto de manifiesto en el recurso, sin valorar lo aportado como prueba del incumplimiento. Como pide el PCAP lo declarado ha de estar sustentado efectivamente por la documentación aportada y si esta es insuficiente o contradictoria con la aportada en fase de recurso, cuando menos, debe valorarse a fin de comprobar su adecuación o no a lo que previamente se ha considerado imprescindible para admitir las ofertas en el PPT.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don F.R.S., en nombre y representación de BIO-RAD Laboratories, S.A., contra la Resolución por la que se adjudica el contrato de “Suministro de reactivos para la determinación de

hemoglobinas glicadas para el Laboratorio de Bioquímica del Centro de Especialidades Ambulatorias del Hospital Universitario 12 de Octubre", número de expediente: P.A. 2015-0-50, anulando la adjudicación recaída, procediendo el rechazo de la oferta de Menarini Diagnostics por no ajustarse a las prescripciones técnicas.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.