

Recurso nº 437/2018

Resolución nº 35/2019

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

En Madrid, a 30 de enero de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.R.M., en nombre y representación de la empresa MoldionicS, S.L. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 22 de noviembre de 2018 por el que se excluye a la empresa de la licitación del lote 11 del contrato “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas en el servicio de inmunología del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, expediente GCASU 2018-93”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fechas 22 de septiembre de 2018 y 3 de octubre de 2018 se publicó respectivamente en el D.O.U.E. y en el B.O.C.M., el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 3.531.124 euros y un plazo de duración de 24 meses.

**Segundo.-** De acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares el lote 11 consiste en: “*Monitorización de Fármacos Biológicos*”.

Dentro del plazo de licitación del citado contrato, presentan oferta para el lote 11 las siguientes empresas:

- Menarini Diagnósticos S.A.
- Moldionics S.L.
- Grifols Movaco S.A.

El acuerdo de la Mesa de Contratación fue de fecha 22 de noviembre de 2018, excluye a la empresa Moldionics S.L. por no cumplir los criterios mínimos exigidos en los Pliegos siendo publicado en el Portal de la Contratación el 13 de diciembre de 2018, habiendo recaído finalmente la adjudicación del lote en la empresa Menarini Diagnósticos S.A.

**Tercero.-** El 26 de diciembre de 2018, la empresa Moldionics S.L. presenta recurso en materia de contratación contra la exclusión de la licitación del contrato.

**Cuarto.-** Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto en 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 (LCSP) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 18 de diciembre de 2018.

**Quinto.-** Con fecha 17 de enero de 2019 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones a la empresa adjudicataria, presentando alegaciones en la que se opone a la estimación del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora “*cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra un acuerdo de la Mesa de Contratación por la que decide la exclusión del licitador de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP. Así la publicación del acuerdo fue de fecha 13 de diciembre de 2018, por lo que el recurso presentado el día 26 de diciembre de 2018, se interpuso en plazo.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del asunto, el recurrente manifiesta: “*Que la empresa MoldionicS, S.L presentó oferta en el referido expediente por el LOTE 11, y, según el Acta de la Mesa de Contratación nº 133/2018, el motivo de excluir a MoldionicS, S.L es porque no cumple con todos los criterios mínimos incluidos en el PPT, en relación con:*

- “*Deberán tener amplio intervalo de cuantificación con las diluciones de trabajo habituales*”.
- “*Cálculo automático, con selección de las diluciones óptimas que estén en la zona lineal*”.

**SEGUNDA.-** Sin embargo, todos los reactivos ofertados por Moldionics, SL son compatibles con el EQUIPO ELISA AUTOMÁTICOS Triturus, propiedad del Hospital

*Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, tal y como se requiere en la página 24 del PPT del expediente de referencia”.*

Añade el recurrente que en el manual del equipo Triturus se indica: “*Aparte de la dilución programada para las muestras en cada protocolo, pueden especificarse diluciones adicionales de las muestras seleccionadas en cada tanda, indicando su origen, factor de dilución, volumen y número de réplicas*”.

Finalmente, indica que “*Por lo tanto, el motivo de exclusión sobre:*

- ‘*Deberán tener amplio intervalo de cuantificación con las diluciones de trabajo habituales, es dependiente del equipo Triturus y los reactivos ofertados por Moldionics, S.L. lo cumplen.*
- ‘*Cálculo automático, con selección de las diluciones óptimas que estén en la zonalineal’, también es dependiente del equipo Triturus y a su vez todos los reactivos ofertados por Moldionics, SL con tan sólo una o dos diluciones tienen un rango dinámico lineal más amplio que ningún otro reactivo presente en el mercado y, por ende, presentado en el referido expediente. Los rangos dinámicos de cada uno de los kits ofertados por Moldionics, SL se encuentran definidos en nuestra Memoria Técnica así como en cada una de las fichas técnicas adjuntada en la Documentación Técnica.*

*Con lo cual cumplimos TODOS los criterios mínimos del PPT en el referido expediente”.*

Respecto a estas alegaciones el órgano de contratación en su informe manifiesta que “*En estas dos alegaciones se hace referencia a que, al ser los reactivos compatibles con el equipo automático para EIA, Triturus, disponible en el Servicio de Inmunología, bastaría con programar éste para varias diluciones de inicio, lo que parece contradecirse con lo que dice la documentación técnica aportada en su momento e induce a confusión.*

*En resumen: Si de inicio se requiere una única dilución y el resultado sobrepasa el punto máximo del rango de la curva, habría que hacer una segunda determinación con la muestra diluida manualmente antes del test, sin conocer si el resultado entrará en la curva con la predilución empleada o si serán necesarias sucesivas diluciones hasta obtener un valor que entre en la curva y que, una vez*

obtenido en el equipo automático, deberá multiplicarse manualmente por el factor o factores de las diluciones manuales previas. Esto implicaría una demora en el informe de los resultados finales al clínico peticionario, evitar en lo posible esa demora es importante como señalaremos más adelante.

## CONCLUSIÓN

Considero que, de acuerdo con la documentación técnica presentada a concurso, de seguir el protocolo propuesto por el licitador no se cumplían los requisitos antes citados y se excluyó oportunamente. Para asegurarse de que las determinaciones entran en el rango de la curva estándar sería necesario hacer varias diluciones de inicio, al contrario de lo señalado en la hoja técnica o, si el resultado es superior al valor del punto más alto de la curva, hacer prediluciones manuales (aleatorias hasta fijar un rango) y multiplicar los resultados obtenidos por los factores de predilución. Esto último implicaría la necesidad de una segunda o sucesivas determinaciones a diferentes diluciones (como se sugiere en las fichas técnicas, con la demora que eso implicaría).

La información proporcionada en su momento es confusa y en ella se basa el informe de exclusión. Lo expuesto en las alegaciones no aporta nada de especial relevancia, e incluso parece contradecir a la información inicial en algunos puntos, referidos a posibles modificaciones del protocolo que sugieren las hojas técnicas, aprovechando las prestaciones del equipo automático Triturus. Esas posibilidades son conocidas por el personal con experiencia en laboratorios, pero también esa experiencia indica que al modificar un protocolo no siempre se obtiene el resultado deseado”.

Por su parte el adjudicatario manifiesta en sus alegaciones que “La recurrente aplica una errónea interpretación de lo solicitado en el Pliego, pues si analizamos en detalle la descripción de los requisitos referidos no sólo han de ser los reactivos ofertados compatibles con el Triturus, sino que además a) deberán tener un amplio intervalo de cuantificación con las diluciones de trabajo habituales y realizar b) cálculo automático con selección de las diluciones óptimas que estén en la zona lineal.

Es decir, el hecho de que un reactivo sea compatible con el Triturus no implica automáticamente que cumpla los demás requisitos solicitados.

*De hecho, es precisamente por ese motivo que, como ya ha sido indicado, el apartado 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas contempla tanto la oferta de reactivos compatibles con el Triturus como la oferta de reactivos que incluya la aportación de otros equipos en régimen de cesión durante la vigencia del contrato, que es exactamente la modalidad de oferta presenta por mi representada, pues ello permite a esta casa comercial el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego, circunstancias que no concurren en la solución ofertada por la recurrente, ya que sus reactivos pueden ser efectivamente compatibles con el equipo Triturus, pero no ofrecen las otras dos características reseñadas que son de obligado cumplimiento, como ha quedado constatado en el Informe Técnico de valoración, y ello comporta necesariamente su exclusión del procedimiento.*

*Así, tal y como se desprende de la lectura de las fichas de producto de la recurrente, el sistema ofertado por la compañía comercial MoldionicS, S.L., no presenta un alto grado de cuantificación ya que sus protocolos de trabajo están validados para una única dilución de trabajo, esto es, 1:20 para dilución Infliximab; 1:10 para dilución Adalimumab; 1:20 para dilución Etanercept.*

*Del mismo modo, el sistema Triturus no puede proporcionar un cálculo automático de los resultados obtenidos en la zona lineal, y una selección óptima de diluciones, ya que como se indica en las fichas de trabajo de MoldionicS, S.L., sólo se trabaja a una única dilución. Esta característica que se solicita como requisito mínimo en el Pliego de Características Técnicas, está asociada a los Kits, y si bien es cierto que un procesador autoanalizador automático, como puede ser el modelo el Triturus, tiene capacidad para seleccionar diferentes diluciones, también lo es que ello requiere la adaptación de la máquina a las instrucciones del kit de reactivos suministradas por el fabricante, que es el que tiene atribuida la responsabilidad de establecer las condiciones de trabajo del kit, es decir, aquellas condiciones para las que el kit ha sido validado y que, de conformidad con la normativa CE, no pueden ser modificadas sin incurrir en responsabilidad del laboratorio”.*

Tratándose de un criterio técnico, el Tribunal carece de competencia tal y como ha manifestado en la Resolución 545/2014, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, “nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el

que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incursa en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando *discrecionalidad técnica* de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012: *Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone 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, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración*". En el mismo sentido la Resolución 1036/2018 del TACRC donde se señala “(...) Sin que en el contenido del informe técnico, y a la postre, en la resolución recurrida se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación”.

Así mismo la Resolución 915/2018 del mismo Tribunal “Al respecto, debemos establecer una premisa fundamental, como es la de que las valoraciones de las ofertas realizadas por la mesa de contratación, con base en los dictámenes o informes técnicos elaborados “ad hoc” por órganos especializados no pueden ser sustituidas por las valoraciones que pueda hacer este Tribunal. Es decir, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Sin embargo, ello no significa, como ya hemos apuntado anteriormente, que este Tribunal no pueda entrar a analizar el resultado de estas valoraciones, sino que este análisis debe limitarse 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 arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

En este caso, resulta evidente el aspecto eminentemente técnico de la valoración, que de acuerdo con las Resoluciones del TACRC señala que está dotada de presunción de acierto y veracidad, de modo que sólo cabe frente a ella una prueba suficiente de que es manifiestamente errónea o se ha dictado en clara discriminación de los licitadores, circunstancias que no se dan en el caso que nos ocupa.

Alega, así mismo, el recurrente que la oferta presentada cumple con más del 50% de los criterios cualitativos evaluables según lo previsto en el Pliego de Condiciones, entendiendo que debería obtener 22 puntos.

Esta alegación resulta irrelevante para la resolución del recurso ya que lo que se dilucida es la exclusión por incumplimiento de las prescripciones contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Por todo lo anterior, el recurso debe ser desestimado.

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

#### **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso interpuesto por don S.R.M., en representación de la empresa Moldionic S.L.U. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de fecha 22 de noviembre de 2018, por la que se excluye a la empresa de la licitación del lote 11

del contrato “Suministro de reactivos necesarios para la realización de determinaciones analíticas en el servicio de inmunología del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, expediente GCASU 2018-93”.

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

**Tercero.-** Levantar la suspensión del procedimiento previsto en el artículo 53 de la LCSP.

**Cuarto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.